Die
Stellung des Testamentsvollstreckers
im
Prozeß und während der Zwangsvollstreckung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Rostock

vorgelegt von

Richard Marschner
Kammergerichtsreferendar.

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1904

Meinen lieben Eltern.

und

meinem lieben Onkel Carl Marschner in Berlin

in Dankbarkeit und Verehrung

zugeeignet.

Inhalt.

I. Geschichte. § 1

II. Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers.

a) Vormundschaftstheorie. § 2

b) Mandatstheorie. § 3

c) Arbitertheorie. § 4

d) Legatstheorie. § 5

e) Theorie der formalen Repräsentation. § 6

f) Vertretungstheorien:

1. T.-V. — Vertreter des Erben. § 7

2. T.-V — Vertreter des Nachlasses. § 8

g) Eigenrechtstheorie, Amtstheorie. § 9

h) Amtstheorie erweitert durch die Theorie der Vertretung des Nachlasses als Sondervermögens. § 10

III. Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozeß und während der Zwangsvollstreckung.

A) T.-V. — Partei und Vertreter! Folgen daraus für den Beginn des Prozeßverhältnisses. § 11

B) Folgen für die Änderung des Prozeßverhältnisses. § 12

C) Sachlegitimation des Testamentsvollstreckers als Nachlaßvertreters:
a) Aktiv-Legitimation. § 13
b) Passiv-Legitimation. § 14
Exkurs: Wer ist bei Prozessen, welche die Gültigkeit letztwilliger Verfügungen betreffen, aktiv und passiv legitimiert? § 15
D) Sachlegitimation des T.-V. als Partei. § 16
IV. Schluß. § 17

Litteratur.

1. Arnhold, Der Testamentsvollstrecker 1902.
2. Archiv für bürgerliches Recht, herausgeg. von Kohler ꝛc., Bd. 17.
3. Arndts, Beiträge zu verschiedenen Lehren des Civilrechts und Civilprozesses 1837.
4. Arndts, Pandekten 14. Aufl. 1894.
5. Böhm, Das Erbrecht des BGB., systematisch dargestellt, 2. Aufl. 1900.
6 Böhm, Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Prozeßführung in der Zeitschrift „Das Recht" 1900.
7. Brettner, „Die Testamentsvollstreckung" im Arch. f. BR., Bd. 17.
8. Brettner, In der Zeitschrift „Das Recht" 1900.
9. Bunsen, „Die Parteien im Civilprozesse" in der Zeitschrift für Civilprozeß, Bd. 26.
10. Beseler, System des deutschen Privatrechts 1885.
11. Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen, 2. Bd. 1846.
12. Beseler, In der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 9, (zit.: Beseler Z.).
13. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des BGB., 3. Aufl. 1901.

14. Cretschmar, Das bürgerliche Recht unter besonderer Berücksichtigung der preußischen Landesgesetzgebung, Bd. I 1902
15. Dernburg, Pandekten, 7. Aufl. 1902/3.
16. Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, 5. Aufl. 89/96.
17. Deutsch, Die Vorläufer der heutigen Testamentsvollstrecker im römischen Recht 1899.
18. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1899.
19. Fischer-Henle, BGB. vom 18. August 1896, nebst dem Einführungsgesetz vom 18. August 1896, 6. Aufl. 1904.
20. Frommhold, Kommentar zum BGB., Erbrecht 1900.
21. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl. 1896/7.
22. Gaupp-Stein, Kommentar zur CPO. 6. und 7. Aufl. 1903.
23. Gierke, Untersuchungen zur Staats- und Rechtsgeschichte (seit 1878) Heft 49.
24. Gierke, Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht 1889.
25. Gerber, System des deutschen Privatrechts, 17. Aufl. 1895.
26 Goldfeld, Streitfragen aus dem Erbrecht 1893.
27. Gruchot, Preußisches Erbrecht in Glossen zum Allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage 3. Bd. 1865 ff.
28. Hellwig, Anspruch und Klagrecht. Beiträge zum bürgerlichen und Prozeßrecht 1900.

29. Hellwig, Prozeßführungsrecht und bloße Prozeßführungsmacht im „Recht" 1902; Sonderabdruck Hannover 1902.

30. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. 3. Aufl. 1893.

31. Hinschius, „Die rechtliche Stellung der Testamentsexekutoren" in der preußischen Anwaltszeitung 1866.

32. Iherings Jahrbücher für Dogmatik Bd. 20.

33. Jaeger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs 1898.

34. Jaeger, Kommentar zur KO.

35. Koch, Preußisches Erbrecht 1866.

36. Kohler, Gesamte Beiträge zum Civilprozeß 1894.

37. Kraut, Vormundschaft, 3. Bd. 1835—59.

38. Le Fort, Des exécutaires testamentaires 1875.

39. v. Lingenthal, K. E. Z. Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 2. Aufl. 1878.

40. Maercker, Nachlaßbehandlung, 17. Aufl. 1902.

41. Marcus, Die Testamentsvollstreckung nach dem BGB. im „Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß", Bd. 8.

42. Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen 1900.

43. Mühlenbruch, Bei Glück, Erläuterungen der Pandekten, Bd. 43, Lehrbuch des Pandekten-Rechts III., 4. Aufl. 1844.

44. Motive zum Entwurfe des BGB. 1888.

45. Pauli, Abhandlungen aus dem bürgerlichen Recht, 1837—65. Bd. 3. Erbrecht.

46. Peiser, Handbuch des Testamentsrechtes, 1902.

47. Planck, BGB. nebst Einführungsgesetz, Bd. V., Erbrecht 1./2. Aufl. 1902.

48. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des BGB. 97/99, Bd. V., Erbrecht.
49. Schultze, siehe Gierke, Untersuchungen 2c.
50. Seckt, Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung unter Berücksichtigung des BGB. und der abgeänderten CPO. 1900.
51. Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des BGB., 3. Aufl. 1903.
52. Sturm, Die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem BGB. 1898.
53. Sturm, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 20.
54. Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 1902.
55. Stobbe, Deutsches Privatrecht, Bd. V., 2. Aufl. 1885.
56. Sintenis, Civilrecht, 3. Aufl. 1863.
57. Seuffert, Kommentar zur CPO., 8. Aufl. 1903.
58. Struckmann-Koch, Kommentar zur CPO., 8. Aufl. 1901.
59. Staudinger, Kommentar zum BGB. für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, Bd. V., Erbrecht 1902.
60. Verhandlungen des 21. Juristentages, Bd. 1—3, 1891—92.
61. Weisler, Das deutsche Nachlaßverfahren 1900.
62. Wilke, Reatz, Koffka, Neumann, Das BGB., Bd. V., Erbrecht 1900.
63. Windscheid, Pandekten, 8. Aufl. 1900.
64. Zeitschrift für den deutschen Civilprozeß, Bd. 17, 18, 26.
65. Zeitschrift für das Notariat 1897.
66. Zeitschrift für das deutsche Recht.

Geschichte.

§ 1.

Die Testamentsvollstreckung entwickelte sich aus germanisch-deutschrechtlicher Wurzel, hervorgerufen durch die Bedürfnisse, welche der Natur des älteren deutschen Testaments entsprangen.[1]

Das Testament nämlich, das man in Deutschland seit dem 12. Jahrhundert kennen lernte, unterschied sich vom römischen sehr erheblich. Ihm fehlte vor allem, was im römischen Recht das caput et fundamentum testamenti war, die heredis institutio. Es war vielmehr in der Hauptsache „nichts anderes, als ein Aggregat einzelner Vermächtnisse"[2] mit dem Zwecke, nahestehenden Personen und der Kirche pro anima Zuwendungen zu machen. Diese aber bedurften, um erfüllt zu werden, notwendig einer Mittelsperson, denn sie brachen mit dem alten deutschen Grundsatze, daß niemand ohne Zuwendung sofort wirksamer Rechte von Todeswegen über seinen

1) K. E. Zachariae v. Lingenthal, Geschichte des griechisch-römischen Rechts 3. A. S. 165, Schultze S. 168, 169 und Deutsch, a. M. ist Goldfeld 79, 80

2) Beseler Z S. 145.

Nachlaß verfügen könne.[1] Man betrachtete den gesetzlichen Erben nicht als verpflichtet, denn dieser stand „als geborener Erbe abseits des letzten Willens und im Gegensatz zu ihm".[2] Eine freiwillige Tätigkeit konnte man von ihm oft nicht erwarten, da die Verfügungen sein Erbe regelmäßig mehr oder weniger verringerten, sie also seinen Interessen zuwiderliefen. Für die hier in Frage kommenden Zwecke machte man sich das Institut der Salmänner dienstbar. Diese fanden nicht nur bei Geschäften unter Lebenden, besonders Veräußerungen Verwendung, sondern dienten auch letztwilligen Zwecken, ja bei den Langobarden hatten sie „von vornherein eine speziell für diese angepaßte Ausbildung erhalten und sich in ihrer rechtlichen Gestaltung eng an die Verfügungen auf den Todesfall angeschlossen".[3] Bei Vergebungen von Todeswegen vermied man es nun, durch Zuziehung eines Salmanns dem Bedachten ein festes Anrecht auf die Zuwendung zu verschaffen[4] und näherte so die Vergabung einer einseitigen widerruflichen Disposition auf den Todesfall. Denn man übertrug sein Gut dem Salmanne, der dem Willen des Verfügenden Folge zu leisten gehalten war.

Nachdem sich das Prinzip der letztwilligen Verfügung auch im deutschen Rechte durchgesetzt hatte, lag es gewiß nicht fern, daß man sich zur Sicherung der testamentarischen Verfügungen an diese Salmänner anlehnte.[5]

Die Übertragung der Gewere an den Mittelsmann

1) Beseler Z. l. c. und ff.
2) Schultze S. 171.
3) Schultze S. 45.
4) Stobbe V. 178.
5) a. M. Goldfeld S. 80 gegen: Beseler Erb. Vertr. I 284 ff.; Stobbe V. S. 261; cf. Schultze S. 168 a. 4.

war nun nicht mehr erforderlich, sondern die Ernennung im Testamente genügte, um ihm im Dienste des letzten Willens die nötige Macht zu verleihen.[1] Man behielt daher auch die alten Namen für das neue Rechtsgebilde bei, wie salmann, treuhaender seelgereter.[2]

Diese Entwicklung fand bei der Häufigkeit der Zuwendungen an die Kirche naturgemäß bei dieser wohlwollendeste Förderung.

Das kanonische Recht gestaltete besonders die Pflichten des Treuhänders aus. Auch führte es eine Beaufsichtigung desselben durch die Obrigkeit ein, so daß seine Stellung der Behörde gegenüber mit der eines Vormundes eine starke Verwandtschaft zeigt.[3]

Wenn aber Beseler[4] im Anschluß an Pauli[5] die Vormundschaft oder Voigtei als eine selbstständige Quelle unseres Instituts ansieht, so kann ich mich dem nicht anschließen.

Für diese Ansicht scheint zu sprechen, daß die Testamentsexekutoren außer den oben erwähnten Namen auch Vormünder, Vormund des letzten Willens,[6] Vormund des Gutes,[7] u. a. genannt werden.

Beseler hat seine Meinung nicht eingehend begründet. Er beruft sich auf Kraut. Dieser aber sagt I. S. 264, daß ohne Zweifel die erwähnte Bezeichnung

1) Beseler Z. S. 149.

2) cf. Stobbe V. S. 262; Kraut S. 263.

3) cf. Schultze S. 166; Stobbe S. 261 Anm. 7 abgedruckte Urkunde

4) Beseler Z. S. 149 f., System I S. 673.

5) Pauli III, S. 316: „Ein voigteilicher Charakter." cf. auch Sturm S. 7.

6) Bei Kraut I. S. 263 Anm. 61.

7) Beseler Erb. Vertr. I. 280 Anm. 6.

daher stamme, und zu erklären sei, daß „ihr Geschäft von jeher zunächst darin bestehe, den Willen des Verstorbenen treulich und gewissermaßen als Vormünder desselben zu vollziehen." In der Tat drückt diese Bezeichnung auch treffend vor allem die Schutz- und Gewaltmacht aus, die der Salmann als Testaments-Exekutor besitzt.

Wenn Beseler anführt, daß die im Testament gekorenen Vormünder es nicht blos mit der Vollziehung der letztwilligen Verfügungen des Verstorbenen zu tun hatten, sondern auch regelmäßig Voigte seiner Witwe und seiner Kinder waren, so glaube ich, daß auch dieses seine Ansicht nicht glaubhafter macht. Es geht daraus nur hervor, was sehr natürlich ist, daß diese beiden rechtlich verschiedenen Ämter, die aber beide Vertrauensposten sind und sich in ihren Aufgaben oft begegnen, meist in einer Hand vereinigt sind, wo ein Bedürfnis dazu bestand.[1] Ich kann nicht mit Beseler hieraus schließen, „daß das Institut der Testamentsexekutoren auf einer zweifachen Grundlage erwachsen sei".[2]

Andrerseits ersehen wir aus der analogen Entwicklung im langobardischen Recht, daß sich die Testamentsvollstreckung allein aus dem Treuhänderinstitut entwickelt hat.[3]

Als mit der großen Rezeption des römischen Rechts in Deutschland auch der Begriff des römischen Testaments

---

1) cf. die bei Kraut I. S. 263, 264 angeführten älteren Urkunden.

2) Beseler Z. S. 150.

3) Wie A. Schultze dargetan cf. bes. S. 166. cf. auch Stobbe S. 261, Seckt S. 9, Heusler S. 652.

und des römischen Erben in das Rechtsleben eindrang, konnte man glauben, daß die Testamentsexekutoren als entbehrlich verschwinden würden.

Nichtsdestoweniger behauptete sich das Institut mit alter Kraft. War es früher eine rechtliche Notwendigkeit, daß man zur Sicherung des letzten Willens zu einer Mittelsperson griff, so waren es jetzt bei dem zunehmenden Wohlstand hervorragend psychologische und ökonomische Gründe. Auch hatte sich das Volk an diese alte Einrichtung so gewöhnt, daß sie ihm ein Bedürfnis geworden war.[1] Oft traute der Erblasser dem Erben nicht die erforderliche Sachkunde oder Bereitwilligkeit zu, deren eine sorgsame Erfüllung der letzten Verfügungen bedurfte, oder er wollte den Erben vor seiner eigenen unwirtschaftlichen Natur schützen. So hatte und wird auch in der Zukunft mancher Testator der Gründe genug haben, seinen Nachlaß Erbenhänden zu entziehen und ihn bewährten Freundeshänden anzuvertrauen. Darum haben auch die modernen Gesetzbücher das Institut aufgenommen. ALR. I, 12 § 557 ff., Code civil a. 1025 ff. Sächs. GB. § 2230 ff. und endlich auch unser BGB. § 2197 ff. So hat dieses dem deutschen Rechtsleben entstammende Rechtsgebilde seine ursprüngliche Kraft durch Jahrhunderte hindurch, auch dem römischen heres gegenüber zu bewahren vermocht. In dem System unseres auf römisch-rechtlicher Grundlage erbauten Erbrechts aber

1) Besonders im Klerus war es oft gradezu vorgeschrieben sich einen Test.-Vollz. zu ernennen. Statut des Stiftes St. Peter zu Mainz 1264. (Beseler Z. S. 153). Es war auch später eine Ausnahme, wenn kein Testamentsvollzieher ernannt war. Pauli III. S. 325. Man traf für diesen Fall gesetzliche Vorsorge: Stobbe V. S. 261.

mag unser Institut als ein „fremdartiges" Gebilde erscheinen, als „Anomali".[1] Das Römische Recht selbst kannte keine Testamentsvollstreckung im heutigen Sinn.[2] Freilich finden sich auch in jenem mancherlei Ansätze, so z. B. in dem familiae emptor.

Allein der Gedanke den familiae emptor nach der angedeuteten Richtung hin rechtsschöpferisch zu verwerten, ist den Römern nicht gekommen. Denn er wurde als Nebenperson betrachtet, als Figurant bei dem Mancipationsgeschäfte, das die Römer nach andrer Seite hin für die Entwickelung des Erbrechts fruchtbar zu machen wußten, nämlich zur Bildung des schriftlichen Testaments.

Auch das Institut der ministri, das sind „Nichtbedachte, denen die Besorgung bestimmter Geschäfte durch letztwillige Verfügung übertragen war",[3] wurden nicht dazu benutzt, eine Vollstreckung des letzten Willens im heutigen Sinne zu schaffen.

Diesem Ziele scheint der heres fiduciarius schon näher gekommen zu sein. Er hatte als Eigentümer der Erbschaft volle Bewegungsfreiheit in Bezug auf diese nach außen hin, konnte aber durch den letzten Willen verpflichtet werden im Sinne des Testators zu verfahren. Das S. C. Pagasianum (75 n. C.) aber machte einen Ausbau der Rechtseinrichtung für exekutorische Zwecke unmöglich. Es bestimmte, daß auch der heres fiduciarius die Quart erhalten müsse. Das konnte kein Äquivalent für die von einem Testamentsvollstrecker geleisteten Dienste

1) Motive V. S. 236.
2) a. M. Goldfeld S. 79.
3) Deutsch S. 19

sein. Eine solche Minderung des Nachlasses konnte der Erblasser seinen Erben nicht zumuten.

Auch im späteren römischen Rechte finden sich Bestimmungen, welche zeigen, daß man einer Art Testamentsvollstreckung nahe war Die c. 28. 48 (49) C. de opiscopis 1,3 und die nov. 131 cap. 11 besagten, daß bei Zuwendungen an pauperes oder captivi die Personen, denen der Erblasser die Verwirklichung seiner Bestimmungen letztwillig aufgetragen hatte, heredum ius et nomen haben sollten.

Diese Anordnungen aber sind und blieben Einzelbestimmungen, die keinem neuen und großen Rechtsgedanken Bahn brachen. Auch ältere Ansätze konnten dazu nicht dienen, obwohl manche früher hinderliche Einzelheit nicht mehr bestand. Denn das spätrömische Rechtsleben war zu arm an rechtsschöpferischer Kraft. [1]

Wie gezeigt, wurzelt die Idee der Testamentsvollstreckung auf deutschem Boden. Das römische Recht hat dem Institute die Fühlung mit dem deutschen Rechte entzogen. Es ist daher eine schwierige Aufgabe, die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers und von dieser aus seine Stellung und seine Befugnisse im Prozeß zu bestimmen.

1) Z. v. Lingenthal, Gesch. d. röm.-griech. R. 3. Aufl. S 165, Beseler, Erbvertr. S. 284. A. M. Goldfeld S. 79; dagegen Schultze S. 168.

II. Rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers.

Die älteste Theorie auf deutschem Boden, die über die rechtliche Natur des Testamentsvollstreckers Aufklärung zu schaffen suchte, ist die

Vormundschafts-Theorie.

§ 2.

Es ist leicht verständlich, daß die romanistische Doktrin, die von den Salmannen nichts wußte, sondern das deutsche Institut aus römischen Quellen ableiten wollte und mußte, auf die Vormundschaft griff. Bezeichnete doch die nov. Leon. 68 aus dem 9. Jahrhundert selbst die „Testamentsvollstrecker" als ἐπίτροποι — tutores. Auch hatte ja in der Tat Testamentsexekution und Vormundschaft in ihren Aufgaben und ihrer rechtlichen Ausgestaltung manche Ähnlichkeit erhalten. So kannte man im kanonischen Rechte sogar einen executor legitimus, den Bischof der einzutreten hatte, wenn der vom Erblasser ernannte säumig oder untreu war.[1] Diese bischöfliche Leitungs- und Zwangsgewalt ging auch manchmal auf die weltlichen

1) Schultze S. 156 f.

Behörden über.[1] Es ist also kein Wunder, wenn die alten Romanisten die Vormundschaft für unser Institut fruchtbar zu machen suchten. Man stellte den Satz auf: Executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur Dieser Theorie gehören an: A. Faber 1608. Mevius 1664, Lauterbach 1868 und andere mehr.[2] Als einer der jüngsten Vertreter ist auch Windscheid zu nennen.[3]

Diese Theorie ist wohl sicher für unser geltendes Recht als unrichtig und unzweckmäßig zu bezeichnen.

Zwar besteht, das soll nicht geleugnet werden, eine gewisse Ähnlichkeit zwischen beiden Rechtseinrichtungen, aber der Unterschied ist doch noch größer.

Die Vormundschaft ist ein öffentliches Amt, dessen Übernahme eine öffentlich-rechtliche Pflicht für jeden Staatsbürger ist. Sie dient auch hervorragenden öffentlichen Interessen. Anders aber die Testamentsvollstreckung. Diese ist weder ihrem Wesen noch ihrer rechtlichen Ausgestaltung nach ein öffentliches Amt. Sie dient privaten Interessen, vor allem dem Willen des Testators. Daher besteht auch keine Pflicht zur Übernahme der Funktionen eines Testamentsvollstreckers. Während dieser ferner Vermögensinteressen zu vertreten hat, ist der Vormund in erster Linie zur Obsorge für die Person und zur rechtsgeschäftlichen Vertretung eines Unmündigen berufen. Ich kann mich daher Sturm vollkommen anschließen, wenn er eine Vergleichung des Testamentsvollstreckers

1) cf. Schultze S. 161 ff; auch Stobbe V. S. 261 Anm. 7.
2) cf. Beseler Z. S. 161, Meischeider S. 454
3) Pand. III. § 367 Anm. 7.

mit dem Vormund als weder richtig noch empfehlenswert bezeichnet.[1]

§ 3.

Mandats-Theorie.

Die Vormundschaftstheorie blieb nicht die allein herrschende. Schon mehrere Vertreter dieser Richtung zeigten in ihren Schriften Spuren einer kommenden anderen. Man nannte die Exekutoren nämlich oft procuratores, quasi procuratores defuncti. Besonders aber ist Lauterbach[2] zu nennen. Wenn er auch im ganzen noch an der Vormundschaftstheorie festhielt, so betrachtete er doch das Mandat als die rechtsschöpferische Grundlage des Rechtsverhältnisses. Im Laufe des 18. Jahrhunderts begann aber die Auffassung, welche das Institut unter dem Gesichtspunkt des Mandates betrachtete, immer mehr an Raum zu gewinnen und die Vormundschaftstheorie, wenn auch nicht zu beseitigen, so doch etwas zurückzudrängen.

Auch diese Theorie konnte auf das kanonische Recht zurückgehen. In cap. 19 X de testamentis heißt es, daß der Erblasser dem Exekutor ein Mandat gegeben hätte, dieses und jenes zu tun, und daß diese „post mandatum susceptum per divecesanum cogi debent testaoris explere ultimam voluntatem." Die Mandatstheorie wurde besonders von Thibaut, Mühlenbruch, Puchta und Sintenis vertreten. Sie beeinflußte das

1) Sturm S. 9 cf. auch ERG. XXIII. S. 206.
2) Disputatio de executoribus vol ult: (Beseler Z. S. 161).

ALR., das österreichische Gesetzbuch[1] und wurde auch für das französische Recht von der Doktrin verteidigt[2 3]

Gegen diese Theorie ist vor allem einzuwenden, daß das Mandat regelmäßig mit dem Tode des Mandanten erlischt. Nun muß man freilich nach römischem[4] wie nach modernem Recht ein mandatum post mortem anerkennen.[5] Aber natürlich tritt der Erbe als Rechtsnachfolger des Erblassers in das obligatorische Rechtsverhältnis ein: er muß also bei konsequenter Anwendung der Mandatsgrundsätze jederzeit in der Lage sein, den Testamentsvollstrecker beizubehalten oder ihm zu kündigen, ganz nach seinem Belieben.

Daß sich ein solches Resultat mit der Natur der Sache nicht vereinbaren läßt, liegt auf der Hand. Man hat dieses auch eingesehen, aber behauptet,[6] unser Institut enthalte nicht eine Anwendung des Mandatsverhältnisses schlechthin, sondern es liege in ihm vielmehr eine Erweiterung der tatsächlichen Voraussetzungen des Mandats. Dieses aber bedeutet, daß aus dem Mandat ein einseitig erklärter Auftrag wurde, der auch vom Erben nicht mehr widerrufen werden konnte.[7 8] Das heißt aber

1) Unger § 27 Anm. 7.

2) Le Fort (1878) S. 53.

3) cf. auch Auch ERG. bei Gruchot Bd. 24 S. 455. In gewiss. Sinn ist auch Gerber, System S. 546 und 547 zu nennen, insofern er die Befugnisse des Test.-Vollz. aus einem Auftrag des Erblassers (oder Erben) ableitet.

4) Bes. auf Grund von l. 12 § 17, l. 13, l. 17 § 1 D. 17, 1.

5) cf. Dernburg Pand. III. S. 325, Goldfeld S. 67.

6) Sintenis, Zivilrecht III. S. 503.

7) Windscheid III. S. 296.

8) Wie Sintenis finden die französischen Juristen die Bestellung in einem Mandatum sui generis begründet, Lingenthal-Crome, Französ. Zivilr. IV. § 725.

ein Aufgeben des Begriffs „Mandat.“[1] Man hat nur einen römischen Namen für ein ganz unrömisches Ding verwendet. Es findet sich auch die Ansicht, daß der Testamentsvollstrecker, wenn nicht ein Mandatar des Erblassers, so doch des Erben sei. So recht charakteristisch, Seuffert XX, Nr. 145: er sei Mandatar der Erben, insofern er „lediglich zum Vorteil der Erben handle.“ Auch Seuffert XXXIV, Nr. 315: „mit der Übernahme des Mandats seitens des Testamentsexekutors und mit der Anerkennung der letztwilligen Disposition seitens der Erben tritt zwischen beiden ein Obligationsverhältnis ein, welches alle mit dem konkreten Testamentsvollzuge verbundenen Rechte und Pflichten umfaßt.“

Diese Ansicht ist einerseits aus den schon oben erwähnten Gründen abzulehnen, andrerseits ist noch zu sagen, daß, wenn der Erbe jemand mit der Vollziehung des Testaments beauftragt, diese Person nie Testamentsvollstrecker genannt werden kann; sie ist eben nur Mandatar des Erben und nach diesen Mandatsgrundsätzen zu behandeln.[2] „Die Testamentsexekution ist,“ wie Dernburg zutreffend sagt, „vom gewöhnlichen Mandat durch die Kluft geschieden, welche die Geschäfte unter Lebenden von denen von Todeswegen unterscheidet.“[3] In der neueren Wissenschaft hat man daher die Mandatstheorie als unrichtig erkannt. So ist sie denn auch vom BGB. durchaus abgewiesen durch § 2197: Der Erblasser kann durch Testament einen oder mehrere Testaments-

1) Hinschius S. 761.

2) cf. auch Beseler Z. S. 180. Es ist daher sehr verkehrt, wenn Gerber S. 546 sagt, „sie können vom Erben selbst ihren Auftrag erhalten.“

3) Dernburg, Preuß. Priv.-R. III. S. 473.

vollstrecker ernennen. Scheinbar ein Rückfall zu dieser verlassenen Auffassung scheint es zu sein,[1] wenn das BGB. in § 2218 bestimmt: Auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Testamentsvollstrecker und dem Erben finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ . . . . entsprechende Anwendung." Dieses ist aber nicht der Fall.[2] Denn dieser § besagt nur in der kurzen Ausdruckstechnik des BGB., daß gewisse Pflichten, wie persönliche Ausführung, Auskunft, Rechenschaft usw. dem Testamentsvollstrecker dem Erben gegenüber obliegen, Pflichten, die sich aus der Natur der Sache von selbst ergeben.

Schon ziemlich früh fühlte man sich von den bisher besprochenen Ansichten nicht befriedigt und sah sich deshalb nach anderen Stützen um. Eine solche schien sich in der

§ 4.

Arbiter-Theorie.

zu bieten, vertreten von Leyser,[3] Hellfeld[4] und anderen. Beseler[5] meint, daß diese Theorie „durch eine Verwechselung des arbitrator[6] mit dem arbiter compromissarius, ohne allen Zweifel dem Umstande ihre Entstehung verdanke, daß sich im Mittelalter die auch im kanonischen Recht anerkannte Sitte fand, die Verwendung

1) So nimmt es Sturm S. 85 an.
2) cf. Strohal S. 292 A. 2.
3) Meditationes ad pand. spec. 574 med. 8.
4) Jurisprudentia forensis III. p. 574 § 1503.
5) Z. S. 171.
6) Schätzungsmann. Das kam auch im langobardischen Recht sehr häufig vor. cf. Schultze S. 47.

des Nachlasses zu frommen Zwecken ganz oder teilweise einem Exekutor zu überlassen" In solchen Fällen hatte allerdings der Testamentsexekutor eine sehr große diskretionäre Gewalt. Sein Wille tritt an die Stelle des Willens des Testators, „qualiter secundum Deum melius praeviderit." [1] Eine gewisse Ähnlichkeit mit dieser Aufgabe findet sich nach Reichsrecht in der Pflicht zur Auseinandersetzung. Der ersteren Aufgabe aber steht der § 2065 II entgegen, (von dem allerdings in § 2151 f wieder Ausnahmen gemacht werden): Der Erblasser kann nicht die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, oder den Gegenstand der Zuwendung einem Anderen überlassen. Selbst im entgegengesetzten Fall aber kann dieser Umstand so wenig wie jener, daß der Testamentsvollstrecker zum Schiedsrichter ernannt werden kann,[2] einem allgemeinen Prinzipe der Testamentsvollstreckung zur Grundlage dienen.[3]

Diese Theorie hat daher nicht viele Anhänger gefunden, ebensowenig wie die von Koch[4] aufgestellte

Legatstheorie.

§ 5.

Legats-Theorie.

Dieser meint, daß in der Zuwendung der Funktion eines Testamentsexekutors ein Vermächtnis liege. Den Zweck des Amtes betrachtet er als onus. Daß dieses unrichtig ist, folgt daraus, daß der Legator einen be-

1) Schultze S. 47.

2) Wozu natürlich eine besondere Bestimmung im Testament gehörte.

3) cf. Beseler Z. S. 172, Sturm in Ihering XX. S. 105

4) Erbrecht S. 339, 361.

stimmten Vermögensvorteil erhalten muß, während es für das Wesen der Exekution ganz unerheblich ist, ob der Vollstrecker eine Entschädigung erhält oder nicht. Auch nach BGB. § 2221 kann der Erblasser sogar die Vergütung ausschließen. Nicht ist übrigens als Vertreter dieser Ansicht Durandus zu nennen, wie Sturm[1] Foerster Eccius[2] und auch Dernburg[3] meinen.[4] Durandus führt selbst die Gründe an, welche dagegen sprechen, ihn als loco legatarii stehend anzusehen: qui exhoc testamento nullum commodum consequeretur.[5]

Im Gegensatz zu diesen unhistorischen Versuchen, unser Institut aus römischem Gedankenkreise heraus zu erklären, hat Beseler zuerst die deutsch-rechtliche Natur desselben betont. Er hat die Theorie auf die Quelle zurückgeführt, von der aus sich allein ein Licht über die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers verbreiten läßt.

Als Ergebnis seiner Untersuchungen stellte er die Theorie der

§ 6.
formellen Repräsentation

auf.

Er geht davon aus, daß der Grundsatz des römischen Rechts, nach welchem die Repräsentation des Testators ausschließlich dem Erben zukommt und nicht zwischen ihm und einer dritten Person geteilt werden

1) S. 11.
2) IV. S. 444.
3) III. S. 473 Anm. 4. Pr. Priv. R.
4) cf. Goldfeld S. 77 u. 78.
5) speculum iuris, lib. II p II § 13 Nr. 69 ff.

kann, in Deutschland nicht praktisch geworden sei. Die testamenti factio sei ihrem Inhalte nach für den Testator erweitert worden, und die dem Exekutor übertragene Gewalt finde ihren Ursprung und ihre Rechtfertigung in der besonders modifizierten Testierfreiheit des heutigen Rechts. Nach deutschem Recht werde also der Testator nicht allein vom Erben, sondern auch vom Testamentsvollzieher repräsentiert, und diese Repräsentation stelle sich im Gegensatz zur materiellen Vermögensvertretung durch den Erben als eine formelle dar. Der Gedanke, daß der Testamentsvollstrecker den Erblasser repräsentiere, findet sich schon vor Beseler bei verschiedenen Anhängern der Vormundschaftstheorie ausgesprochen. So sagt B. Carpzow: videntur executores testamenti repraesentare personam defuncti testatoris.[2] Ferner spricht es auch die Tübinger Fakultät aus: personam defuncti testatoris repraesentant.[2] Diese haben aber weder den Ton auf die Repräsentation gelegt, noch haben sie dieselbe zu erläutern und als Prinzip fruchtbar zu machen gesucht. Beselers Theorie ist etwas problematisch. Man hat mit Recht gesagt, daß sie „kein Prinzip des Rechtverhältnisses an sich und in Beziehung auf den Erben enthalte".[3] Sie sei nur eine „Beschreibung" desselben.[4]

Hinschius meint, der Ausdruck „formelle Repräsentation" besage nur den einfachen und klar am Tage liegenden Gedanken, daß der Testamentsexekutor seine

1) Beseler Z. S. 174, Sp. 4 I S. 674.
2) Entnommen Meischeider S. 455.
3) cf. Eccius IV S. 455.
4) Sturm S. 12.

Befugnisse durch den Erblasser erhalte und dessen Willen nach den ihm gewordenen Anweisungen bei der Ausübung seiner Funktionen zu beobachten habe.[1] Kohler bemerkt sehr richtig, daß „an der Bezeichnung des Testamentsvollstreckers als formellen heres das Richtige das sei, daß er ein Dispositionsrecht, obgleich kein dingliches Recht habe, das Unrichtige liege darin, daß die Kategorie des Erbrechts oder des Eigentums zur Bezeichnung eines Verhältnisses gebraucht werde, welches lediglich Rechtsmacht, nicht Genußmacht gewähre".[2]

Beseler hat übrigens die Schwächen seiner Theorie selbst erkannt und selbst als wundesten Punkt das Verhältnis des Exekutors zum Erben, gekennzeichnet.[3] Der Wert der Theorie aber liegt darin, daß sie auf die eigenartig unabhängige Stellung des Vollziehers Wert legte, eine Stellung, die nicht im Vertragsrecht begründet sein kann, sondern auf der eigenartigen Kraft des Testaments im deutschen Recht beruht. Dieses wurde bleibender Besitz der Wissenschaft.[4]

§ 7.

Vertretungs-Theorien.

1. Vertreter des Erben.

Beseler's Theorie versagt, wie erwähnt, in vielen Beziehungen, besonders, wenn es sich um das Verhältnis des Testamentsvollstreckers zum Erben handelt. Dieses betrachtet nun eine stark vertretene Theorie als ein Vertretungsverhältnis.

1) Sp. 759.
2) Archiv f. bürg. R. III S. 256. Windscheid III S. 296.
3) Z. S. 174.
4) Meischeider hält noch für heute an Beselers Theorie fest.

So definiert zuerst Hinschius die Testamentsexekution als „eine einseitig vom Testator auf den Todesfall erteilte Befugnis an eine oder mehrere Personen, diejenigen Geschäfte, welche zur Konstituierung und Verteilung des Nachlasses unter seine Erben nötig sind, mit direkt für die Erben wirkender Kraft vorzunehmen".[1] Nahe steht Gerber dieser Auffassung. Er sagt: „In sofern es an und für sich Sache der Erben ist, den im Testamente ausgesprochenen Willen des Erblassers auszuführen, sind die Testaments-Vollstrecker die Vertreter der Erben.[2] [3]

Eine Variation hiervon ist die Auffassung des Testamentsvollstreckers als gesetzlichen Vertreters der Erben.

Das war der Standpunkt des Entwurfs zum BGB., wie er sowohl im Entwurf selbst[4] als auch besonders in den Motiven klar zu Tage trat.[5]

Im BGB. selbst fehlen die ausdrücklichen Hinweisungen auf diese, wie auf jede andere Anschauung.

---

1) Sp. 765, 766.

2) Syst. § 265, S. 451.

3) Den Standpunkt von Hinschius vertrat auch Foerster-Eccius bis zur 5. Aufl. des Pr. P. R.

4) Der § 1903 des Entwurfs lautet: „Zur Erhebung eines Rechtsstreites, in welchem ein zum Nachlaß gehörendes Recht geltend gemacht wird, ist so lange das Verfügungsrecht der Erben nach § 1901 ausgeschlossen ist, nur der Testamentsvollstrecker als gesetzlicher Vertreter der Erben befugt."

5) a. Hauptbelegstelle möge zitiert werden: Mot. V S. 236: „Der nicht beschränkte Testamentsvollstrecker ist ein gesetzlicher Vertreter im Sinne des Entwurfs und der Reichsjustizgesetze . . . zwar mit bestimmten Abweichungen." cf. ferner S. 235, 232 229, 234. cf. Gierke, Entwurf . . . S. 520—22; Hartmann, Gutachten S. 5 bes.

Dennoch aber wird diese auch für das geltende Recht von einer Reihe namhafter Autoren vertreten. So von Konrad Cosack (II. S. 754), Brettner (Archiv f. BR. XVII. S. 220 ff.), Jaeger (Erben Haftg . . . S. 40), Weißler (Nachlaßverf. S. 179), Wilke (Komm. S. 195), L. Seuffert (Komm. zur CPO.) zu § 327.

Diese Auffassung halte ich für unrichtig, besonders was das BGB. betrifft.

Sie trifft den Kern des Instituts nicht, wie mit Recht besonders in der Kritik der Stellung des Entwurfs zur Frage von vielen Seiten hervorgehoben wurde.[1] Sie verläßt ganz und gar den historischen Boden, von dem aus unser Institut nur verstanden werden kann;[2] denn Zweck und Wirkung der Einrichtung hat sich als deutscher Rechtsgedanke durch die Jahrhunderte in lebendiger Kraft bis zur Neuzeit durchgekämpft. Der Gedanke der Testamentsvollstreckung hat sich in Deutschland gerade im Gegensatz zum Erben entwickelt. Auch heute besteht der Gegensatz. Denn der Vollzieher war und ist vor allem dazu berufen, den letzten Willen, in dem die Interessen des Erblassers anerkannte Geltung gewonnen haben, durchzuführen, nicht aber die Interessen des Erben zu vertreten wie Gerber meint. Seine Tätigkeit wird und soll vielleicht auch oft mit den Wünschen und dem Willen der Erben in Widerspruch treten. Nicht selten würde nach dieser Theorie der

1) Bes. von Gierke in seinem Entwurf S. 520 ff. auch in Verhandlg. des 21. Juristent. III S. 225 f.; ferner Hartmann, l. c. I. S. 5 ff.

2) cf. Dernburg Pand. III S. 225; Gierke in Verh. III S. 226; Endemann III S. 219.

TV. den Erben gegen den Erben selbst vertreten müssen. Der TV. kann z. B. den Erben nach § 2206 Abs. 2 auf Erteilung der Einwilligung zur Eingehung eines Nachlaßverbindlichkeit verklagen, eine Möglichkeit, die mit seiner etwaigen Stellung als Vertreter des Erben ganz unvereinbar ist. Treten ihm nun gar mehrere Erben entgegen, wessen Interessen soll er dann wahren, wenn diese so verschieden sind, wie die Zahl der Erben? Mit Recht hat Levy[1] auf dem 21. Juristentage darauf hingewiesen, daß der Testamentsvollstrecker häufig inmitten kollidierender Interessen stehe; und diesen gegenüber muß er eine unparteiische Stellung einnehmen, allein dem Willen des Erblassers untertan, welche Stellung ihm als Vertreter nicht zukommen würde.

Gegen diese Ansicht spricht ferner besonders die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit der Stellung des TV, die sich unter anderem in der Aufgabe zeigt, die ihm im BGB. ausdrücklich zugewiesen ist, der Auseinandersetzung unter Miterben. § 2204. Die Natur dieser Pflicht erfordert eine durchaus selbständige, von den Interessen und Wünschen der einzelnen Erben unabhängige Stellung.[2] Unmöglich sind hier die Erben als Geschäftsherren[3] des Testamentsvollstreckers anzusehen. Dieses Verhältnis würde zu Konsequenzen führen, die mit der Natur der Sache ganz und gar nicht vereinbar sind.

Auch in anderer Beziehung sprechen die Konsequenzen der fraglichen Theorie gegen diese. Denn nach dieser würde der Vollstrecker den Erben direkt und persönlich

1) Verhandlg. III S. 234.
2) cf. dazu Notar Z. S. 151.
3) Dernburg, Pr. P. R. III S. 473 u. 474.

verpflichten und „hiergegen könnte sich der Erbe nicht durch den Vorbehalt des Inventars schützen,“ [1] da ihm der nur bei Nachlaßschulden, nicht bei eigenen zu Gute kommt.[1] Jaeger[2] will diesem Resultate freilich dadurch entgehen, daß er den Erben durch den Testamentsvollstrecker nur insoweit vertreten ansieht, als der Erbe Subjekt eines Sondervermögens — des Nachlasses — ist; insoweit also hafte der Erbe auch nur. M. E. ist der Testamentsvollstrecker dann eben nicht als Vertreter des Erben anzusehen, sondern eher Vertreter des Nachlasses! Denn ich kann mich nicht in der Art vertreten lassen, daß ich den Eintritt der Rechtsfolgen der Vertretungsmacht auf einen bestimmten Teil meines Vermögens beschränke. Eine gesetzliche Vertretung setzt ferner eine Geschäftsbeschränktheit und Prozeßunfähigkeit voraus. Beides trifft aber beim Erben nicht zu. Freilich mag es scheinen, als habe das BGB. in § 2211 selbst eine in Ansehung des Nachlasses beschränkte Geschäftsfähigkeit des Erben konstatiert! „Über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand kann der Erbe nicht verfügen.“ Aus dem 2. Absatz des Paragraphen aber geht die richtige Auffassung des Gesetzes hervor, in dem es die Vorschriften zu Gunsten derer, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, für anwendbar erklärt.

Wir haben es also hier mit einem zur Verfügung Nichtberechtigten zu tun.[3] Andernfalls würde man einen solchen Schutz des guten Glaubens annehmen müssen, welchen das Gesetz sonst nicht kennt.

1) Dernburg, Pr.PR. III. S. 473 und 474.

2) l. c. S. 40 Anm. 14. Arnhold S. 26: ‚Testamentsvollstrecker ist Vertreter der Erben als Subjekt des Nachlasses.“

3) cf. Bunsen in Z. f. d. d. C. Bd. 26 S. 265.

Auch von einer Prozeßunfähigkeit des Erben kann nicht geredet werden. Denn das BGB. konstatiert ausdrücklich die Passivlegitimation des Erben für Nachlaßstreitigkeiten.

Aus diesen Gründen ist m. E. der Begriff einer gesetzlichen Vertretung des Erben durch den Testamentsvollstrecker zu verwerfen Man muß sonst „mit Besonderheiten“ [1] operieren, die, wie das Beispiel der Motive zeigt, einer gedeihlichen Entwicklung des Instituts nicht eine fruchtbare Grundlage bilden können.

Auf andere Konsequenzen dieser Lehre wird noch in der späteren Darstellung einzugehen sein.

§ 8.

2. Vertreter des Nachlasses.

Nach Förster-Eccius ist der Testamentsvollstrecker nicht Vertreter des Erben, sondern eines von diesem verschiedenen Rechtssubjektes, der Verwaltung als juristischer Person. In dem Lehrbuch des Preußischen Privatrechts IV, S 450 heißt es: „Die Verwaltung soll, als ob sie ein vom Erben gesondertes Rechtssubjekt wäre, im Leben dastehn. Das ist ein anderer Ausdruck dafür, daß die Verwaltung als Rechtssubjekt fingiert wird; . . . die Verwaltung des Testamentsvollstreckers ist somit eine eigentümliche juristische Persönlichkeit.“ M. E. schlägt diese Ansicht sich von selbst. Denn wenn eine juristische Person fingiert werden muß, so ist damit von selbst gesagt, daß sie in Wirklichkeit nicht da ist. Auch für das BGB. ist sie schon deshalb nicht haltbar, weil dieses nur ganz bestimmte juristische Personen kennt, die es im allgemeinen Teil aufzählt.

1) cf. Motive V S. 236; Brettner, l. c. S. 227.

Diese Theorie versagt auch, so wie man Konsequenzen daraus ziehen will. Sie gibt da durchaus ungenügende Resultate. Darum hat Eccius selbst auch keine Folgerungen aus seiner Auffassung gezogen, sondern hat im Grunde an seiner oben erwähnten alten Auffassung festgehalten.

Daß der Testamentsvollstrecker Vertreter des Nachlasses sei, ist auch die Ansicht von Dernburg und Sturm.

Dernburg sagt in seinem Preußischen Privatrecht, S. 474: „Wir halten die Auffassung für die richtige, wonach der Testamentsvollzieher den Nachlaß vertritt. In dem Nachlaß existiert der Erblasser in gewissem Grade fort." Gegen letzteren Ausdruck hat sich freilich Sturm (S. 37) gewendet; er meint, es bedürfe nicht der Fiktion, daß der Erblasser im Nachlaß temporär fortexistiere. Er stellt seinerseits als Quelle des Instituts die Theorie des „positiven Instituts" auf:[1] „Die Testamentsvollstreckung sei als eine Einrichtung ins Recht gestellt worden, die weder im Vertragsrecht, im Erbrecht, noch sonst eine Analogie habe. Das positive Institut bestehe darin, daß der Vollstrecker dem Herren über den Tod hinaus die Treue wahre, darin vom Gesetz zur Vollziehung des letzten Willens geschützt werde, und so den Nachlaß vertrete."

Gegen diese Ansichten hat man eingewendet, daß der Nachlaß kein (vertretbares) Rechtssubjekt sei und folglich nicht vertreten werden könne.[2]

1) S. 59, 60.

2) Hartmann, Gutacht. S. 13; Strohal S. 163; Hartmann, Gutacht S. 18; Foerster-Eccius S. 459 Bd. IV.

In wie weit dieser Tadel mir begründet erscheint, soll später noch erörtert werden.

Ich möchte mich aus einem anderen Grunde dieser Auffassung nicht anschließen. Wenn nämlich der Erbe den ganzen Nachlaß in den Händen hat, man also nicht von einer Vertretung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker sprechen kann, müßte nach besagter Theorie von einer Testamentsexekution garnicht gesprochen werden können — und doch kennt das BGB. einen solchen Fall der Vollstreckung. Die Theorie versagt, wenn man eine solche Vollziehung des letzten Willens aufrecht erhält.[1]

Unter Nachlaß kann man nicht den letzten Willen an sich verstehen, sondern nur den „Inbegriff von Sachen und Rechten (und Rechtspflichten) eines Verstorbenen", cf. ALR. I, 2 § 34; I, 9 § 350.

Die neueste Theorie über unser Institut ist die

§ 9

Eigenrechts-Theorie

(und verwandte).

Zuerst ist diese von G. Hartmann als allgemeines Prinzip entwickelt worden: „es bilden die Befugnisse des Testamentsvollstreckers in ihrer Zusammenfassung ein eigenes subjektives Recht desselben."[2] Das schutzwürdige Interesse, ohne daß sich kein subjektives Recht denken läßt, findet Hartmann darin, daß „der gekürte Vertrauensmann das einstige Interesse des Erblassers zu seinem eigenen

1) Sturm deckt sich allerdings mit „seinem positiven Interesse." Dieses erklärt aber den Fall nicht, sondern konstatiert ihn m. E. nur.

2) Hartmann, Gutachten S. 18 f.

lebendigen Interesse mache". Er steht danach „im Dienste einer geheiligten Pflicht", und „das in diesem Dienste sein, sei sein eigenes Recht". Dieses klingt an das alte Argument des Jacobus de Arena in einem ähnlichen Streite an: „lucrum quod sentit in pie agendo."[1] Der Hartmannschen Ansicht steht Strohal nahe: „Der Testamentsvollstrecker handelt in eigenem Namen kraft des ihm zustehenden Rechts zur selbständigen Gestaltung der Rechtsverhältnisse des Nachlasses."[2]

Nicht minder Planck, wenn er sagt: „Der Testamentsvollstrecker habe seine Befugnisse zu eigenem Recht; er übe sie daher auch in eigenem Namen aus — auf Grund des vom Gesetz getragenen letzten Willens des Erblassers und zu dem Zwecke der Vollziehung des letzten Willens."[3]

In etwas anderer Gestalt tritt dieselbe Theorie auf, indem man das „ideale Interesse" Hartmanns als „Amts"-Interesse ansieht, bei Frommhold,[4] Marcus,[5] Bunsen.[6] Letzterer sagt:[7] Der Testamentsvollstrecker habe ein Recht, bezüglich dessen ein selbständiger Schutz gewährt sei; aus seinen Handlungen werde der Testamentsvollstrecker allein berechtigt und verpflichtet, aber nur in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker, nicht für seine Person.

Auch Endemann[8] ist den Anhängern dieser Auffassung zuzurechnen; er meint, der Testamentsvollstrecker habe eine

1) Schultze, S. 181.
2) Strohal S. 295, auch Cretschmar S. 735.
3) Komm. S. 381.
4) Komm. S. 191, 194.
5) S. A. S. 57, cf. m. 61, 66, 71.
6) Z. f. d. d. Civilp. XXVI. S. 266.
7) l. c.
8) Endemann III. S. 221:

fiduziarische Stellung;[1][2] er übe eine zivilrechtliche Gewalt zu eigenem Recht aus; der Ausdruck wäre abgerundeter, wenn gesagt würde Vertretungsmacht."

Diese Theorie erscheint historisch nicht unbegründet. In der Tat übte der alte Salmann, besonders aber der langobardische Treuhänder seine Befugnisse zu eigenem Rechte aus; er hatte ohne Zweifel eine fiduziarische Rechtsstellung, denn er war nach außen hin wirklicher Eigentümer. Aber im Laufe der Zeit haben sich, wie erwähnt, die Dinge geändert. M. E. ist für das heutige Recht die Eigenrechtstheorie nicht als zutreffend zu bezeichnen. Vor allem ist einzuwenden, daß der Testamentsvollstrecker nach den unzweideutigen Bestimmungen des BGB. keinerlei dingliche Rechte an den Nachlaßgegenständen hat. Schon Levy machte auf dem Juristentage darauf aufmerksam, „daß diese Theorie dahin führen würde, daß in Prozessen gegen Dritte der Testamentsvollstrecker die Kostenpflicht, Vorschußpflicht gegen die Gerichtskasse für seine eigene Person haben würde".[3] Es ergeben sich auch noch andere, m. E. nicht zu billigende Resultate.[4] Wenn dem Testamentsvollstrecker Mobilien tradiert werden, würde er Eigentümer werden, seine Gläubiger könnten diese pfänden. Wenn er einen Vertrag schließt, Verbindlichkeiten, die für Verwaltungszwecke bestimmt sind, eingeht, würden diese zu seinen Rechten und Lasten gehen. Davon kann doch keine Rede sein. Aber, meint Bunsen (l. c.), der

1) Ähnlich Seckt. Mit Recht sagt Staudinger V. S. 440. mit dem Worte „Organ" sei gar nichts Juristisches gesagt, es sei nur ein Bild zur Veranschaulichung der Institution."

2) Schultze, Dogm. Jahrb. 43, S. 68 ff.

3) Verhandlg III. S. 289.

4) cf. Goldfeld S. 90.

Testamentsvollstrecker werde „allein berechtigt und verpflichtet, aber nicht für seine Person, sondern als Testamentsvollstrecker". M. E. aber wird durch diesen Zusatz ganz deutlich ausgedrückt, daß er eben ein alieno nomine Berechtigter und Verpflichteter ist.

Auch der Vormund handelt kraft Amts, hat seine Befugnisse zu eigenem Recht. Wenn er in Verbindlichkeiten eingeht, und diese nicht für seine Person, sondern als Vormund, kann man da sagen, er ist allein berechtigt und verpflichtet, aber als Vormund? Macht da der Amtsbegriff den Vertretungsbegriff überflüssig?[1] Gewiß nicht! — Und so liegen die Verhältnisse auch hier! Es bleibt also immer noch die Frage offen,[2] für wen der Testamentsvollstrecker handelt. Endemann[3] sagt, der Testamentsvollstrecker habe eine Vertretungsmacht!

Daß aber die Frage sofort gestellt werden muß: „Wen vertritt denn der Testamentsvollstrecker!" Das scheint Endemann beinahe zu übersehen.[4] Und wenn es in der Begründung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung ꝛc. S. 111 heißt, daß dem Testamentsvollstrecker seine Befugnisse „aus eigenem Recht zustehen" und er „nicht Vertreter der Erben" sei, so wird hiermit ganz übersehen, daß das keine Gegensätze sind, sondern daß man wohl Vertretungsmacht aus eigenem Recht haben kann.[5]

1) cf. Jaeger a. a. O. Auch L. Seuffert, Komm. Erl. zu § 27.

2) cf. für das Konkursrecht Jäger, Anm. 38 zu § 6 KO. und die dort zitierten.

3) l. c.

4) cf. Hellwig S. 235 Anm. 2. „Es ist keine Lösung, sondern ein Verzicht auf eine Lösung der Schwierigkeiten, wenn gesagt wird „er handle lediglich kraft gesetzlichen Auftrages."

5) cf. L. Seuffert Erl. zu § 327 CPO.

§ 10.

Amtstheorie erweitert durch die Theorie der Vertretung des Nachlasses als Sondervermögens.

Wenn man sagt, der Erbe repräsentiere den Erblasser, so kann das nur bedeuten, daß an der Stelle, an welcher einst im Vermögensverkehr der Verstorbene gestanden hat, nun der Erbe steht. Dieser ist in die Lücke eingesprungen, die im Verkehrsinteresse nicht offen bleiben darf. Das heißt das: „succedere in locum defundi". Gaius IV. § 34.

Das deutsche und moderne Recht hat aber in Fortentwicklung der Anerkennung eines letzten Willens dem Erblasser gestattet sich noch einen anderen Repräsentanten zu schaffen, es sanktioniert noch eine weitergehende Wirkung der letztwilligen Verfügung dadurch, daß der Testator sich ein Organ seiner Interessen nach dem Tode berufen kann, einen Willenssubstituten[1] im ganzen Umfang des letzten Willens Die Rechtsordnung hat diese Interessen als eines Schutzes würdige anerkannt. Die Vertretung dieser Interessen bildet eine soziale Funktion,[2] ein „Amt". Freilich geht die Anerkennung dieser Funktionen nicht so weit, daß der Staat sie auf sich genommen und so ein öffentliches Amt[3] geschaffen hätte, - dazu sind die Interessen keine

1) Brunners Ausdruck: Verhandlg. III. S. 244.

2) cf. Gierke in d. Verhandlg. III. S. 227, auch im Antrag: S. 224. cf. Seckt: „Organ der rechtlich anerkannten Interessen des Erblassers." Mit dem Begriff Organ ist aber die Stellung des Test.-Vollz. noch nicht vollständig erklärt.

3) Wie W. Weisler S. 179 annimmt.

allgemeinen, öffentlichen, sondern individuelle. Aber der Staat hat ihnen doch seinen Schutz gewährt.

In diesem Amte steht also der Testamentsvollstrecker.

Wie aber das Amt des Vormundes den Vertretungsbegriff nicht überflüssig macht, so macht auch das Amt des Testamentsvollstreckers den Vertretungsbegriff nicht entbehrlich, wenigstens nicht in allen Beziehungen seiner Tätigkeit.[1] Der Testamentsvollstrecker tritt gewöhnlich in Beziehung zu einem fremden Vermögen, der Nachlaß steht in mancher Hinsicht im Gegensatze zum sonstigen Vermögen des Erben. Er ist aber nicht nur Gegenstand besonderer Rechtsnormen im allgemeinen, sondern kann nach positiver Bestimmung des Gesetzes dermaßen verselbständigt werden, daß über ihn sogar neben dem allgemeinen Konkurse über das Erbenvermögen ein Spezialkonkurs möglich ist (§ 234 KO.)

In Konkurs kann nur ein Rechtssubjekt geraten.

Da nun einerseits beim Nachlaßkonkurs nicht der Erbe oder etwa der Verstorbene Konkurs macht, andererseits der Nachlaß keine juristische Person im Sinne des bürgerlichen Rechts ist, so folgt schon allein hieraus, daß der Nachlaß eine besondere Mittelstellung zwischen Rechtssubjekten und Rechtsobjekten einnehmen muß.

Solche Mittelgebilde kennt unser Recht. In der CPO. § 17 werden derartige selbständige Sondervermögen[2] im materiellen Rechte vorausgesetzt, indem nämlich ihre prozessuale Seite durch die Bezeichnung: „Vermögensmassen, welche als solche klagen und verklagt werden können!“ hervorgehoben wird. Nicht jedes Sondergut

1) a. M. Marcus S. 57.
2) cf. Hellwig § 31.

welches besonderen Rechtsschicksalen unterworfen ist, ist im obigen Sinne als selbstständiges Sondergut zu betrachten. Naturgemäße Vorbedingung dazu ist die äußerlich erkennbare Trennung der verselbständigten Masse unter einem eigenen Organ vom sonstigen Vermögen — dem freien — des Rechtssubjektes.[1] Derartige Vermögensmassen sind die Konkursmasse,[2] das Vermögen des aufgelösten Vereins und andere (K. Hellwig l. c). Auch der Nachlaß gehört hierher, wenn die obengenannten Voraussetzungen erfüllt werden. Das geschieht durch die Ernennung des Testamentsvollstreckers. Ihm gebührt die Verwaltuug des Nachlasses und die Verfügung über die Nachlaßgegenstände (§ 2205 BGB.). Er ist berechtigt, Verbindlichkeiten „für den Nachlaß" (nicht für den Erben!) einzugehen u. s. w. Durch die Stellung unter die Hut des Testamentsvollstreckers ist der Nachlaß rechtlich und tatsächlich verselbständigt und in gewissen Beziehungen einem Rechtssubjekte gleichgeachtet.

Mit anderen Worten: Der Nachlaß in der Hand des Testamentsvollstreckers ist ein in gewissen Beziehungen ein rechts- und parteifähiges Vermögen.[1] „Er hat die „Stellung" (§ 50 CPO.) einer juristischen Person". (Hellwig, Prozeßführungsrecht S. 8). Der Testamentsvollstrecker ist also als Verwalter des Nachlasses dessen gesetzlicher Vertreter.

---

1) Diese Theorie ist von Hellwig § 31 begründet a. M. Staudinger V. S. 440.

2) Sehr bestritten. cf. hierzu Jäger Anm. 38 zu § 6 KO. und die bei Hellwig S. 235 Angeführten.

Die verwaltende Tätigkeit ist aber nur eine der Aufgaben des Testamentsvollstreckers.

Hinsichtlich der anderen fehlt es an einem Vertretungsbedürftigen. Der Vollstrecker handelt dann nur kraft Amtes, in Erfüllung seiner vom Erblasser geschaffenen, vom Recht anerkannten Funktionen. [1]

1) cf. Hellwig, Prozeßführ. R. S. 7 A. 12.

Auch Weisler nimmt mit Leny Verhandlg. III S. 238 eine Teilung vor; doch fehlt bei ihm der Gesichtspunkt des Amtes S. 179. Auch Staudinger V. 443. cf. auch Seuffert, Erl. zu § 27. Dagegen Arnhold S. 25.

II. Stellung des Testamentsvollstreckers im Prozeß und während der Zwangsvollstreckung.

§ 11.

A. T.-V. — Partei und Vertreter. Folgen für den Beginn des Prozeßverhältnisses.

Aus der Auffassung der materiellrechtlichen Stellung des Testamentsvollstreckers ergibt sich die Auffassung von seiner Stellung im Prozeß.

In Betracht kommen heute nur noch die Theorien, die ihn im Prozeß als gesetzlichen Vertreter der Erben, als Partei, als gesetzlichen Vertreter des Nachlasses betrachten.

Zu der Ansicht, daß der Testamentsvollstrecker gesetzlicher Vertreter des Erben im Prozeß ist, möchte ich bemerken:

Die CPO. sagt uns in § 51, was sie unter gesetzlicher Vertretung versteht, nämlich die Vertretung nicht prozeßfähiger Parteien durch andre Personen.

Da nun der Erbe als solcher nicht prozeßunfähig

ist, ist die Auffassung des Testamentsvollstreckers als seines gesetzlichen Vertreters durchaus abzulehnen.

Man hat nun aber, da der Erbe über bestimmte Gegenstände seines Vermögens nicht verfügen könne, eine partielle Prozeßunfähigkeit in Bezug auf den Streit über diese Gegenstände angenommen.[1] Man sagt: „soweit die Nachlaßgegenstände der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen, sei der Testamentsvollstrecker gesetzlicher Vertreter des Erben als nicht prozeßfähiger Partei".[2]

Man verwechselt hier aber zwei durchaus zu trennende Begriffe: Prozeßunfähigkeit und Mangel an Sachlegitimation.

Die Prozeßunfähigkeit ist eine Folge der Vertragsverpflichtungsunfähigkeit oder -Beschränktheit. Diese resultiert aber aus persönlichen Eigenschaften einer Person.[3]

Nicht bestimmt sich die Prozeßfähigkeit danach, ob ich einen Gegenstand meines Vermögens gerichtlich als Kläger oder Beklagter erfolgreich geltend machen kann.

Als herrschende Ansicht ist heute wohl die zu bezeichnen, die den Testamentsvollstrecker als Partei betrachtet, wenn er vor Gericht auftritt. In diesem Fall hätte er das, was Kohler Prozeßstandschaft genannt hat: „Die Rechtsmacht, einen Prozeß über fremdes Vermögen in eigenem Namen zu führen."[4 5]

1) So Pertersen in seiner viel angegriffenen Abhandlg. in Z. f. d. d. Civ. XVIII. S. 1 ff.

2) Wilke S. 195.

3) cf. Hellwig S. 208.

4) Kohler in Iherings Jahrb.

5) cf. Kohler, Ges. Beitr. S. 346, 347, Hartmann S. 20, Gaupp-Stein S 739, S. 129, f.; Struckmann-Koch Anm. 3 zu

Gegen die Auffassung des Testamentsvollstreckers als Partei hat sich besonders Petersen gewandt, weil „Partei nur derjenige sei, welcher in eigenem Namen und zur Wahrung eigener Interessen selbst oder unter Vermittlung anderer ihn vertretender Personen einen Prozeß führt.“[1]

Ich muß meinerseits die Parteistellung des Testamentsvollstreckers aus meinen oben dargelegten Gründen bestreiten, soweit der Testamentsvollstrecker als Verwalter fremden Gutes in Betracht kommt.

Ich habe oben meine Auffassung vom Nachlasse als einem in gewissen Beziehungen rechtsfähigem Sondervermögen dargetan.

Mit dieser Rechtsfähigkeit korrespondiert die Parteifähigkeit des Nachlasses und die Stellung des Testamentsvollstreckers als gesetzlichen Vertreters des Nachlasses in allen Streitigkeiten, in welchen es sich um den Nachlaß handelt. Beschränkt sich die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers auf eine Beaufsichtigung des Erben, Vermächtnisnehmers usw, dann betrachte ich ihn als Partei in den Prozessen, welche sich aus dieser seiner Aufgabe ergeben. Hier muß er naturgemäß persönlich für die Prozeßkosten einstehen, ohne daß ihm natürlich das Recht fehlte, diese dem Erben in Rechnung zu stellen; denn er kann nach Maßgabe des § 2218 (BBG.) Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er zur Erfüllung seiner Aufgaben gemacht hat.

§ 52; Planck S. 408; Fischer-Henle zu § 2212; Peiser S. 233; Endemann III S. 230; Böhm DR. S. 270; Seckt S. 71 ff.; Bunsen, Lehrb. d. Zivilprozeßrechts S. 110 und f; Bunsen, Z. f. d. d. Civilp. S. 266 Bd. 26; und die oben aufgezählten anderen Anhänger der ‚Amtstheorie“ wie Frommhold, Marcus.

1) Dagegen Stegemann in Z. d. f. d. Zivilp. Bd. 17, S. 326.

Aus der Auffassung des Nachlasses in der Hand des Testamentsvollstreckers als parteifähigen Sondervermögens ergeben sich im einzelnen folgende Konsequenzen.

Der Gerichtsstand des Nachlasses bestimmt sich nach dem § 17 ZPO. durch den Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird.[1]

Der Testamentsvollstrecker kann als gesetzlicher Vertreter des Nachlasses klagen und verklagt werden. Seine Sachlegitimation ist noch später zu besprechen.

In der Klageschrift muß[2] m. E. auch der Nachlaß als Partei bezeichnet werden; ferner soll sie die Bezeichnung des Testamentsvollstreckers als des gesetzlichen Vertreters enthalten. Dieses ist aber m. E. auf Grund des § 130, Nr. 1 nur als Ordnungsvorschrift anzusehen, während die Bezeichnung des Nachlasses unbedingtes Erfordernis der Klageschrift ist.

Würde, wie Seckt annimmt, die Angabe des Testamentsvollstreckers als Partei[3] genügen, so würde man bei den zahlreich vorkommenden Nachlaßstreitigkeiten nicht aus dem Rubrum ersehen können, um welchen Nachlaß es sich eigentlich handelt. Ich glaube, daß nach dessen Theorie große Mißstände entstehen können, besonders bei der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß, zumal wenn jemand, z. B. ein Notar, für zahlreiche Nachlässe als Testamentsvollstrecker fungiert. Ein Wechsel in der Person des Testamentsvollstreckers bewirkt keinen Wechsel in der Person der Partei. Der Testamentsvollstrecker übt alle Parteirechte als gesetzlicher Vertreter aus. Er kann den

1) Hellwig, S. 248.
2) § 253 II ZPO.
3) „Klage des Testamentsvollstreckers X . . . . . gegen . . . ."

Prozeß beseitigen durch Vergleich, Verzicht und Anerkenntnis,[1] doch dürfen die beiden letzteren nicht den Charakter einer unentgeltlichen Verfügung haben.[2] Die Eideszuschiebung und die Auferlegung des richterlichen Eides geschieht an den Testamentsvollstrecker nach Maßgabe des § 473 CPO.[3]

In diesen Prozessen aber kann der Erbe als Zeuge vernommen werden.[4] Auch sonst ist der Erbe, solange der Nachlaß gesondert in der Hand des Testamentsvollstreckers sich befindet, als Dritter zu betrachten. Daher ist er auch berechtigt in Prozessen des Vollstreckers über Nachlaßgegenstände sich als Nebenintervenient zu beteiligen, was sonst nicht angängig wäre.[5]

Das Armenrecht kann der Nachlaß nicht erhalten, da die CPO. dieses nur den natürlichen Personen gewährt.[6] Für die Anwendung der Vorschriften über die Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen und des Zeugnisverweigerungsrechtes liegt kein Grund vor.[7]

Was die Kostenpflicht betrifft, so muß man, wenn

---

1) Ebenso Planck S. 408; Seckt S. 63 etc. A. M. Beseler Z. S. 218.

2) § 2205 S. 2: „Vergleich ist keine unentgeltliche Verfügung." Weißler, S. 190.

3) a. M. Planck, S. 408; a. M. Weißler, S. 193.

4) a. M. natürlich Weißler S. 193; cf. ERG. Bd. 29 Nr. 10; Staudinger V S. 444, wie oben (cf. ERG. Bd. 32 S 399; Bd. 35 S. 389); Hellwig S. 249; Planck S. 408; Böhm S 271, D. R. cf. ERG. Bd. 29 S. 29; cf. auch Jäger Komm. z KO. S. 69.

5) Es muß daher vom Standpunkte Wilke's aus inkonsequent genannt werden, wenn dieser S. 205 zu § 2212—2213 dem Erben das Recht der Nebenintervention zugesteht.

6) cf. Gaupp-Stein S. 303 — von seinem Standpunkte aus aber nicht verständlich. cf. ferner ERG. Bd. 33 S. 366.

7) a. M. Peiser S. 234; Böhm, Das Recht, 1901. S. 271.

angenommen wird, daß der Testamentsvollstrecker in eigenem Namen, als Partei, auftritt, konsequenter Weise den Testamentsvollstrecker auch für die Prozeßkosten einstehen lassen,[1] wenn natürlich auch der Erbe resp. Nachlaß zum Ersatz verpflichtet erscheint.

Inkonsequent aber leugnen das viele Anhänger besagter Theorie. So z. B. Böhm[2] wenn er sagt: „Unterliegt der Testamentsvollstrecker, so hat er aus dem Nachlaß die Kosten zu tragen.

Persönlich haftet er . . . nicht."

Es spielt hier dasselbe Argument mit, das, wie oben erwähnt, Bunsen benutzte, der Testamentsvollstrecker werde „allein berechtigt und verpflichtet — in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker."

Seckt (S. 74) drückt diesen Gedanken dadurch aus, daß er sagt, der Testamentsvollstrecker habe „eben als Organ" die Prozeßkosten zu zahlen.

Man verkennt hier vollständig, daß mit diesem Ausdruck deutlich gesagt wird, daß der Testamentsvollstrecker nicht in eigenem Namen, sondern in fremdem Namen prozessiere, ohne darüber Auskunft zu geben, in wessen Namen er tätig sei!

---

1) So auch Kohler. Ges. Beitr. S. 347.

2) S. 247. Auch Gaupp-Stein sagt S. 247, daß solche Personen, denen die Wahrung fremder Interessen obliegt, zwar als Parteien in die Kosten verurteilt, aber für ihre Person und ihr Vermögen von den Wirkungen des Prozesses nicht betroffen werden.

§ 12.

B. Folgen für die Änderungen des Prozeßverhältnisses.

Hier ist ebenfalls die Stellung des Testamentsvollstreckers als Vertreters des Nachlasses und als Partei zu scheiden.

In ersterer Hinsicht ist folgendes zu bemerken. Endigt das Amt des Testamentsvollstreckers, etwa durch seinen Tod, während eines von ihm begonnenen Prozesses, so tritt der Erbe in das Prozeßverhältnis ein und zwar in die Verfassung desselben, in welcher es der Testamentsvollstrecker hinterlassen hat. Es kommen nicht etwa die Regeln des § 241 CPO. zur Anwendung, da der Testamentsvollstrecker nicht gesetzlicher Vertreter des Erben war; auch findet keine Rechtsnachfolge statt, weil der Nachlaß keine juristische Person war; es hat vielmehr nur die Absonderung des Nachlasses vom übrigen Vermögen ihr Ende gefunden, er ist wieder der freien Verfügung seines Subjektes unterstellt worden.[1]

War der Testamentsvollzieher dagegen selbst Partei, so findet eine Fortsetzung des Prozeßverhältnisses nicht statt.

Im folgenden soll nun untersucht werden, wie der Testamentsvollstrecker als sachlich Legitimierter im Prozesse gestellt ist. Er kommt einmal als gesetzlicher Vertreter des Nachlasses, das andre Mal als Partei in Betracht.

1) Protok. V, S. 294; Frommhold S. 203; Hellwig S. 242.

§ 13.

C. Sachlegitimation des Testamentsvollstreckers.

Die Befugnis des Testamentsvollstreckers, Nachlaßgegenstände zu vindizieren, Nachlaßforderungen einzuklagen, war im früheren Recht sehr bestritten.

Dieses Recht hängt naturgemäß hauptsächlich davon ab, ob der Testamentsvollstrecker im Zweifel das Recht zur Verwaltung des Nachlasses hat oder nicht, und diese Frage wird je nach der Stellung, die man zur rechtlichen Natur des Testamentsvollstreckers einnimmt, verschieden beantwortet werden müssen.

Die ältere Theorie, die eine dem Vormund analoge Stellung des Testamentsvollstreckers annahm, entschied sich für eine weit ausgedehnte Prozeßlegitimation. [1]

Die neuere Jurisprudenz aber mußte mit dem Aufkommen der Mandats-Theorie von der Ansicht ausgehen, daß allein das angebliche Mandatsverhältnis die Aufgaben des Testamentsvollstreckers bestimme, daß er also nur soweit zu Prozessen legitimiert sei, als ihm der Erblasser ausdrücklich dazu die Berechtigung gegeben hatte. [2] Dieses entsprach dem vielfach aufgestellten Grundsatze, daß im Zweifelfalle die dem Erben durch die Bestellung des Testamentsexekutors auferlegte Beschränkung möglichst „strikt zu interpretieren" sei. [3]

Noch neuerdings behauptete Gerber, daß dem Testamentsvollstrecker nur „unter Umständen", deren Würdigung „quaestio facti" sei, die Aktiv- und Passivlegitimation zukomme. [4]

1) cf. Beseler Z. S. 187.
2) Mühlenbruch Lehrbuch III § 657.
3) Gruchot, Erbrecht II S. 221.
4) System S. 452.

Demgemäß zeigte sich auch die gemeinrechtliche Praxis der Aktivlegitimation des Testamentsvollstreckers abgeneigt.[1] Charakteristisch ist das Urteil des Oberappellationsgerichts Dresden, welches besagt, daß der Testamentsvollstrecker nicht die Befugnis habe, Nachlaßforderungen einzuklagen, wenn ihm dieses Recht nicht ausdrücklich, mindestens aber die Verwaltung vom Testator eingeräumt sei.[2]

Diesen Anschauungen gegenüber vertrat schon Beseler die Ansicht, daß der Testamentsvollstrecker „überhaupt für die im Interesse der Erbschaft zu führenden Prozesse aktiv (auch passiv) legitimiert" sei, „daß ihm die Klagen, deren Anstellung zur gehörigen Regulierung des Nachlasses nötig sei, zuständen".[3]

Auch Dernburg verteidigte die Aktivlegitimation des Testamentsvollstreckers Nachlaßschuldnern gegenüber.[4]

Die Partikularrechte verhalten sich zur Frage ebenfalls recht verschieden, je nachdem sie unter dem Einflusse der Vormundschaftstheorie wie der C. Max. Bav., oder der Mandatstheorie, wie das ALR. standen.

Nach den C. Max. III. 2 § 18 n. 5 sind die vom Erblasser angefangenen Aktiv- (und Passiv-) Prozesse vom Testamentsexekutor wenigstens einstweilen fortzusetzen. Das ALR. hingegen, I 12 § 558, I. 14 § 123 geht so weit zu sagen, daß „zu gerichtlichen Klagen (und deren Beantwortung) der allgemeine Auftrag „der Verwaltung nicht genüge".

1) cf. Seuffert XV 34, XX 50, XXIV 249.
2) Gruchot II, S. 233.
3) Beseler Z. S. 218.
4) Pd. III S. 256, 258.

Die neuere preußische Wissenschaft aber suchte, von einer freieren, der historischen und sozialen Bedeutung des Instituts und dem regelmäßig vom Testator beabsichtigten Resultat näher kommenden Auffassung aus, das Recht des Testamentsvollstreckers gegen Nachlaßschuldner vorzugehen, zu begründen.

Diese Befugnis stand ihm Hinschius zu,[1] ebenso Sturm,[2] Foerster-Eccius[3] und Dernburg.[4]

Dem unsicheren und zersplitterten Rechtsstande von früher gegenüber bedeutet die Vorschrift des BGB. einen großen Fortschritt: § 2212 bestimmt:[5] Ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht kann nur von dem Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden. Diese Prozeßlegitimation des Testamentsvollstreckers ist abhängig von seinem Recht zur Verwaltung in Ansehung des streitigen Gegenstandes.

Zur Nachlaßverwaltung überhaupt ist er im Zweifel befugt, es sei denn, daß sie ihm im ganzen oder in Ansehung einzelner Gegenstände nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen soll (§ 2205 in Verbindg. mit § 2208 I).

Der Testamentsvollstrecker ist ausschließlich aktiv legitimiert. Dieses ist eine Konsequenz seiner in § 2211 ausgesprochenen alleinigen Berechtigung über die seiner Verwaltung unterliegenden Gegenstände zu verfügen. Zwar ist das Prozessieren über diese noch kein Verfügen;

1) Hinschius Sp. 799; Koch, Erbrecht S. 366; Striethorst, Archiv Bd. 2 S. 212; 21. S. 291; Entschdg. Bd. 48 S. 98.

2) Iherings J. XX* S. 141.

3) IV. S. 463.

4) Pr. PR. III S. 479.

5) cf. § 1903 I des Entwurfs, der hier den Testamentsvollstrecker als gesetzlichen Vertreter des Erben bezeichnete.

es kann aber dazu führen. Deshalb ist ihm auch sehr zweckmäßig vom BGB. die ausschließliche Aktivlegitimation beigelegt.[1]

Die Folge davon ist, daß das Subjekt des Sondervermögens, der Erbe, die Sachlegitimation verliert. „Nicht aber verliert er die Parteifähigkeit."[1] Er ist nur nicht mehr die „richtige Partei".[2] Macht der Erbe trotzdem klagend ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht geltend, so kann das Urteil nicht dem Testamentsvollstrecker gegenüber irgend wie Wirkung haben. Ginge aus dem Klagevorbringen des Erben schon hervor, daß ihm nach § 2212 die Geltendmachung nicht zusteht, so ist m. E. selbst gegen den ausbleibenden Beklagten kein Versäumnisurteil zu erlassen. Denn das Vorbringen des Klägers rechtfertigt den Antrag desselben nicht, § 331 CPO. Keine Anwendung aber findet der § 56 CPO. („Mangel der Prozeßfähigkeit").[3]

Hatte schon der Erblasser ein jetzt der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht gerichtlich geltend zu machen begonnen, so endigt die durch seinen Tod nach § 232 CPO. eingetretene Unterbrechung des Verfahrens mit der Anzeige des Testamentsvollstreckers an den Gegner von seiner Bestellung oder mit der Kundgebung des Gegners an ihn, daß er das Verfahren fortzusetzen beabsichtige, §§ 243 und 241 CPO.

War schon ein Urteil für oder gegen den Erblasser ergangen, so kann für oder gegen den Testamentsvollstrecker eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden. Die voll-

1) Kohler in Iherings J. XXIV S. 319.
2) cf. Hellwig S. 244, 245.
3) cf. Hellwig S. 245.

streckbare Ausfertigung eines für den Erblasser ergangenen Urteils kann nur der Testamentsvollstrecker, nicht der Erbe wegen des § 2211 BGB. verlangen. Dabei finden die §§ 727, 730—732 Anwendung, cf. § 749 CPO.

Daß der Testamentsvollstrecker das Verwaltungsrecht hat, gehört zum Klagegrund, den er zu beweisen hat.

Die gerichtliche Geltendmachung eines Rechts umfaßt nicht allein die Klageerhebung, sondern das ganze Gebiet „prozessualer Dispositionsgewalt".[1]

Daher ist der Testamentsvollstrecker allein legitimiert, das seiner Verwaltung unterliegende Recht im Wege der Einrede, Widerklage, Aufrechnung, durch Einleitung eines Mahnverfahrens, Aufgebotsverfahrens geltend zu machen; ferner Arrest, Zwangsvollstreckung oder Konkurs zu beantragen.

Inwieweit der Testamentsvollstrecker zu diesen Akten auch verpflichtet ist, bestimmt sich nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Verwaltung, zu der er nach § 2216 gehalten ist, aber auch nach speziellen Anordnungen des Erblassers im Testamente. Dem Testamentsvollstrecker steht als dem Vertreter des Nachlasses auch gegen die Hausgenossen des Erblassers und gegen die in § 2027 II bezeichneten Besitzer die Aktivlegitimation zu. Zur Konstituierung des Nachlasses muß er berechtigt sein von den genannten Personen Auskunft und ev. Ableistung des Offenbarungseides zu verlangen.

Um ein besseres Erbrecht handele es sich hier nicht.[2]

Dem vom Testamentsvollstrecker Beklagten muß gestattet sein, auch diesem gegenüber aufzurechnen und inner-

1) Frommhold S. 207; Planck, S. 409; Böhm S. 270.
2) Planck, l. c.; Staudinger V S. 435.

halb der Grenzen des noch zu besprechenden § 2113 eine Widerklage, die Feststellungswiderklage des § 280 CPO. eingeschlossen, zu erheben.[1]

Der Testamentsvollstrecker tritt, wie bereits erwähnt, als gesetzlicher Vertreter des Nachlasses auf. Dieser ist aber keine juristische Person, sondern sein Subjekt ist der Erbe. Es handelt sich also, wenn der Testamentsvollstrecker klagt, um Rechte des Erben. Daraus folgt, daß das für und gegen den Vollstrecker erstrittene Urteil für und gegen den Erben wirken muß Das bestimmt daher auch ausdrücklich § 327 I CPO.

Eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils aber kann der Erbe während der Dauer der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht verlangen.[2] Das folgt als arg. e contrario aus § 728, Abs. II, S. 2 CPO. und aus dem Grundsatze des § 2211 BGB.

Aus der Wirkung des Urteils für und gegen den Erben und daraus, daß letzterer auch nicht vom Vollstrecker vertreten wird, folgt das Recht des Erben, sich am Aktivprozesse des Testamentsvollstreckers als streitgenössischer Nebenintervenient zu beteiligen.

Das rechtliche Interesse des Erben am Obsiegen des Vollstreckers ist nicht zu bezweifeln, §§ 66, 69 CPO.[3]

An den Erben kann, wenn er in den Prozeß eintritt, eine Eideszuschiebung und -Zurückschiebung stattfinden.[4]

1) cf Planck S. 409.

2) Marcus 74; Frommhold S. 203; Planck S. 410; Protok. V, S. 540 f.

3) In der 2. Kom. lehnte man Recht den Antrag, das Interventionsrecht des Erben im Gesetz auszusprechen, als selbstverständlich ab. Prot. V S. 296.

4) § 449 CPO.

Für die Prozeßkosten haftet der Nachlaß und der Erbe nach Maßgabe des § 100 CPO., cf. § 101 II CPO.

Klagt der Testamentsvollstrecker aus einem zum Nachlasse gehörenden Rechte, so kann der Erbe in diesem Rechtsstreit auch durch Hauptintervention eingreifen, wenn er nämlich dem Testamentsvollstrecker das Recht der Verwaltung mindestens in Ansehung des Streitgegenstandes abspricht. Er macht seinen Anspruch durch eine Klage sowohl gegen den Testamentsvollstrecker als gegen den Beklagten bei dem mit der Sache befaßten Gericht vor der rechtskräftigen Entscheidung geltend, § 64 CPO.

Nicht verpflichtet, wohl aber berechtigt ist der Vollstrecker — und es muß für ihn auch oft empfehlenswert sein dem Erben den Streit zu verkünden, § 72 f. CPO. Der Erbe kann dann für später dem Vollstrecker nicht den Vorwurf schlechter Prozeßführung machen und daraus Ersatzansprüche herleiten.

Aus der selbständigen Stellung des Sondervermögens unter dem Vollstrecker ergibt sich, daß dieser auch den Erben als Schuldner des Nachlasses belangen kann. Früher war das sehr bestritten. Nur Erben könnten einen Miterben belangen.[1] Noch für das geltende Recht behauptet Bunsen, daß „ein dem Nachlaß gegen den Erben zustehendes Recht nur ein Nachlaßverwalter, nicht der Vollstrecker geltend machen könne".[2]

Dem ist aber m. E. nicht zuzustimmen, besonders wegen der Selbständigkeit, die der Nachlaß unter dem Vollstrecker bis zu einem gewissen Grade hat. Dieser kann z. B. den Erben auf Herausgabe der sich noch in

1) Seuffert 28, n. 37.
2) Z. f. d. d. Civ. XXVI S. 267.

seinem Besitze befindlichen Nachlaßgegenstände belangen; dieses kann er auch, wenn sich der Erbe dieselbe angeeignet hat, geliehen hat u. s. w. Dem Erben steht freilich eine bemerkenswerte Einrede aus § 2217 BGB. zu. Er kann die Herausgabe insoweit verweigern, als der Vollstrecker der Gegenstände zur Erfüllung seiner Aufgaben offenbar[1] nicht bedarf.

Der Erbe ist ferner verpflichtet, zur Eingehung von Verbindlichkeiten, welche zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich sind, seine Zustimmung zu geben und kann daraufhin vom Vollstrecker verklagt werden.

Ein Dritter, mit dem der Vollstrecker das Rechtsgeschäft abschließen will, wird sich mit diesem ohne die Einwilligung im Interesse der Wirkung und Sicherheit der Verbindlichkeit oft nicht einlassen. Ist der Erbe rechtskräftig verurteilt worden und gilt also nach § 949 CPO. seine Willenserklärung als gegeben, so kann die Wirksamkeit der Verbindlichkeit vom Erben nicht mehr in Frage gestellt werden. Außerdem ist auch der Vollstrecker gegen Regreßansprüche gesichert.[2]

Ein Streitfall zwischen dem Vollstrecker und dem Erben kann sich auch aus Anlaß der Ausführung letztwilliger Verfügungen durch ersteren ergeben, z. B. bei der Vollziehung von Vermächtnissen. Der Vollstrecker hat natürlich ex officio deren rechtlichen Bestand zu prüfen, muß aber ganz besonders vorsichtig sein, wenn der Erbe Widerspruch erhebt.

Da er nun einerseits auf Ausführung der Verfügung belangt werden kann, andererseits ein Verschulden[3] ihn

1) cf. S. 74.
2) Strohal S. 279.
3) cf. die bemerkenswerte ERG. Bd. 42 S. 221 f.

nach § 2219 ersatzpflichtig macht, so wird wohl immer das für eine Feststellungsklage gegen den Erben erforderliche rechtliche Interesse, daß das Rechtsverhältnis alsbald festgestellt werde, gegeben sein.[1] Hiernach wird eine gerichtliche Entscheidung über die Bedeutung der Gründe des Erben herbeigeführt.[2]

§ 14.

b) Passiv-Legitimation.

Noch streitiger als die Aktiv- war die Passiv-Legitimation in Nachlaßprozessen, nicht minder auch die Wirkung des gegen den Erben oder den Testamentsvollstrecker ergangenen Urteils. Denn hier kreuzen sich zwei Erwägungen, einmal die Rücksichten auf Ziel und Zweck des Instituts und auf den Willen des Testators, andrerseits die Rücksichten auf die Gläubiger.

Diese Erwägungen hatten in der Literatur die verschiedensten Variationen ergeben, je nachdem man dem einen oder anderen Umstande größere oder geringere Bedeutung beilegte.

Wie immer bestanden die größten Zweifel, wenn der Testator seinen Willen hinsichtlich der Aufgaben des Vollstreckers nicht näher spezialisiert hatte.

Für das gemeine Recht gestand Beseler dem Testamentsexekutor auch die unbeschränkte Passivlegitimation zu. „Der Erbe habe die Prozeßführung des Exekutors anzuerkennen.“[3]

Für das preußische Recht war Dernburg der

1) cf. Sturm, S. 70; Planck S. 394.
2) cf. Prot. V, S. 270.
3) Z. S. 218 f.

Ansicht, daß, „da in der Regel die Aufgabe des Exekutors nicht vollständige, rechtliche Vertretung des Erben wäre, sondern vorzugsweise die faktische Ordnung der Verhältnisse, Gläubiger und Legatare ihre Klagen im Zweifel nur gegen den Erben anstellen könnten".[1]

„Das gegen diesen erstrittene Urteil sei auch in die Nachlaßobjekte vollstreckbar, welche der Exekutor in den Händen habe, da dieser an denselben ein eigenes Recht habe."[1]

Zu denselben Resultat war auch Hinschius[2] gekommen, sowohl was die Passivlegitimation des Erben betrifft, als auch die Wirkung des gegen diesen erlassenen Urteils.

Sturm[3] hält den Testamentsexekutor für passiv legitimiert, er meint aber, „selbst eine spezielle Beauftragung drs Exekutors passiv die Masse zu vertreten, könnte den Gläubigern nicht das Recht nehmen, nach ihrer Wahl den Erben zu verklagen. Das diesem gegenüber gefällte Judikat sei auch in die Nachlaßobjekte vollstreckbar, die der Vollzieher in den Händen habe, denn dieser besitze die Objekte so wenig aus eigenem Rechte, wie dies bei dem Vormund und Konkursverwalter der Fall sei".

Anders Eccius.[4] Er macht die Frage abhängig von den Bestimmungen des Erblassers, die aber nicht ausdrücklich dem Exekutor die Passivlegitimation zusprechen müßten. Auch die Erben seien passiv legitimiert. „Ein Urteil aber gegen sie sei nicht für eine Vollstreckung in

1) Pr. P. R. III, S. 480.
2) Sp. 797 und 798.
3) Jhering XX, S. 140.
4) IV. S. 464. Anders Förster in früheren Auflagen.

den Nachlaß, der in den Händen des Vollstreckers ist, wirksam, da andernfalls die Dispositionsbeschränkung des Erben wertlos gemacht würde".

„Das gegen den Testamentsvollstrecker gefällte Urteil könne der Erbe nicht deshalb streitig machen, weil er nicht verurteilt sei". [1]

Die Legatare stellte man vielfach anders als die übrigen Nachlaßgläubiger.

Im gemeinen Recht gab man ihnen bisweilen actiones utiles ex testamento. [2]

In der Praxis, besonders der preußischen, aber versagte man ihnen oft die Klage gegen den Exekutor mit der Begründung, daß die Erben die allein Belasteten wären. [3]

Wie hieraus hervorgeht, hatte man vollkommen die Fühlung mit der historischen Vergangenheit des Instituts verloren.

Denn, wie erwähnt, bestand gerade die Hauptaufgabe des Exekutors darin, die gemachten Zuwendungen den Vermächtnisnehmern auszuantworten, er also diesen gegenüber als passiv legitimiert gelten mußte. Auch Dernburg hielt im Zweifel nur die Erben den Legatoren gegenüber für passiv legitimiert. [4]

Anders aber Hinschius. „Schon in der bloßen Ernennung des Exekutors liege der Wille des Erblassers

1 (Eccius, l. c.)

2) Mühlenbruch bei Glück Bd. 43, S. 444.

3) cf. bes Striethorst, Bd. 41 p. 18; Kammergericht in d. Preuß. Anwalts-Ztg. 1863, 406; ferner Striethorst 52, 125; ferner EKG. 32, 154; a. M. Seuffert 18, 89.

4) l c.

ausgesprochen, demselben die Passivlegitimation gegenüber den Legataren zu geben". [1]

Sturm gibt ihm die Befugnis, den Nachlaß auch den Legataren gegenüber allein zu vertreten. [2] Eccius läßt bei der Frage den Inhalt des Testamentes entscheiden. „Wenn danach der Erbe verklagt werden müsse, dann sei eine Vollstreckung in den Nachlaß aber nur dann gestattet, wenn der Vollstrecker zur Gestattung der Zwangsvollstreckung verurteilt wäre". [3]

Ob auch der Pflichtteilsberechtigte gegen den Exekutor klagen könne, war im bisherigen Recht sehr zweifelhaft.

Das gemeine Recht hatte sowohl ein materielles wie formelles Noterbenrecht. Der Berechtigte hatte ein Recht auch auf Einsetzung als Erbe, nicht allein auf eine Quote des Nachlasses.

Infolgedessen hängt diese Frage im gemeinen Rechte mit der noch später zu besprechenden Frage zusammen, wie weit der Vollstrecker in Erbrechtsstreitigkeiten passiv legitimiert ist.

Auch für das preußische Recht fassen die Anhänger der „Noterbentheorie" den Pflichtteil als Erbrecht auf; [4] sie gaben dem Verletzten eine Erbschaftsklage gegen den, welcher den Nachlaß als Erbe oder ohne Rechtstitel besitzt. [5]

1) S. 799. Er stellt also die Legatare anders als die übrigen Gläubiger.

2) l. c. S. 142.

3) Eccius IV, S. 464.

4) Koch, Erbrecht S. 453 f., Förster in früh. Aufl. cf. Eccius IV, S. 319.

5) Koch, S. 467.

Dieser Anschauung gegenüber drang aber die Ansicht durch, es gebe im Landrecht nur einen Anspruch auf ein bestimmtes Quantum des Nachlasses.[1] Nach dieser „Forderungstheorie" ist der Verletzte als Erbschaftsgläubiger zu behandeln. Daher muß er nach Dernburg seine Ansprüche gegen den Erben geltend machen.[1] Hinschius aber verteidigt die Ansicht, er müsse gegen Erben und Vollstrecker vorgehen, es sei denn, daß er gerade (lediglich) durch die Bestellung des Vollstreckers beschwert sei.[2] Ebenso Sturm sowohl für das preußische als das gemeine Recht.[3]

Der Entwurf zum BGB. versagte, in seinem Bestreben den Erben nicht aus seiner Stellung als Subjekt des Nachlasses zu verdrängen,[4] dem Testamentsvollstrecker die Sachlegitimation gegenüber den Nachlaßgläubigern, ebenso auch gegenüber den Legataren (§ 1903 II des Entwurfs). „Es müsse dem Erben, dem Geschäftsherrn, überlassen sein, die Vollziehung der Vermächtnisse zu verhindern."[5] Deshalb dürfe der Vollstrecker selbst nicht einmal den Erben zur Vollziehung derselben belangen, also fehle dem Vollzieher auch den Vermächtnisnehmern gegenüber die Prozeßlegitimation.[5] Dieser Standpunkt wurde in der Kritik mit Recht getadelt.[6] Denn sind die Gründe der Motive zu billigen, dann sollte man lieber die Testamentsexekution beseitigen. Der Erblasser bezweckt gerade häufig mit der Ein-

1) Hinschius, Sp. 793; Dernburg, PPR III, S. 596.
2) Hinschius, l. c.
3) Jhering, XX, S. 140.
4) cf. Motive V, S. 236, 238.
5) Motive V, S. 236.
6) cf. Hartmann, S. 39 (Verhandlg. 1) f., S. 31 f.

setzung einer Vollstreckung dem Erben die Mühen der Regulierung des Nachlasses zu nehmen, was aber durch jene Bestimmung illusorisch würde. Deshalb forderte Hartmann sogar „als radikale Abhilfe" die ausschließliche Passivlegitimation des Vollstreckers. [1]

Das BGB. selbst hat sich von beiden Extremen gleich entfernt gehalten und damit eine m. E. allen Interessenten bestmögliche Entscheidung getroffen. § 2213.

Was sind aber nach BGB. Nachlaßschulden? Darauf gibt der § 1967 II uns Antwort:

„Zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören außer den vom Erblasser herrührenden Schulden die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, insbesondere die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen."

Es gehören ferner nach der oben vertretenen Ansicht von der Stellung des Vollstreckers die Verbindlichkeiten dazu, welche derselbe für den Nachlaß eingeht. Endlich sind aus demselben Grunde auch diejenigen Schulden Nachlaßverbindlichkeiten, welche aus deliktischen Handlungen des Testamentsvollstreckers hervorgehen. [2]

1) Verhandlg. S. 39 Bd. I cf. auch Antrag Gierke in III. S. 259.

2) Hier offenbart sich wieder die Wichtigkeit der Stellungnahme zur rechtlichen Natur des Testamentsvollstreckers. Wer diesen als gesetzlichen Vertreter des Erben ansieht, muß den Erben für schuldhaftes Handeln desselben haften lassen und zwar persönlich, ein m. E. unbilliges Resultat, so aber Weisler S. 203 f. Die Anhänger der Eigenrechts- (Amts-) Theorie lassen den Vollstrecker allein haften, Planck S. 402. Danach aber dürften Geschädigte oft nicht zur Befriedigung kommen können. Ein billiges Resultat liefert m. E. allein die oben vertretene Ansicht. Die Verwaltung geschieht im Interesse des Nachlasses, folglich ist es auch nicht unbillig, wenn dieser für den durch seinen Vertreter angerichten Schaden haftpflichtig ist. Wie oben auch Hellwig S. 239.

Das BGB. stellt die Frage nach der Passivlegitimation darauf ab, ob der Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses im ganzen, einzelner Gegenstände, oder gar nicht hat. Es sind also diese 3 Fälle zu unterscheiden.

1. Der Testamentsvollstrecker hat die Verwaltung des ganzen Nachlasses.

Dann ist nach § 2213 Satz 1 der Vollstrecker neben dem oder den Erben passiv legitimiert. Es ist diese Regelung auch für die Gläubiger von Vorteil, besonders wenn zahlreiche Erben vorhanden sind.[1] Das gegen den Vollstrecker erwirkte Urteil wirkt auch gegen die Erben. Zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ist ein gegen ihn erstrittenes Urteil genügend, aber auch erforderlich. Daher ist dem Gläubiger, dem der Nachlaß genügt, eine besondere Klage gegen den Vollstrecker erspart. Er braucht nur einmal zu klagen cf. §§ 327, 748 I CPO.

Will der Gläubiger in erster Reihe den Erben persönlich haftbar machen oder erscheint das Verwaltungsrecht des Vollstreckers zweifelhaft, so kann er den Erben verklagen. Dieser ist auf Grund des Erbfalls Verpflichteter geworden und muß daher immer den Gläubigern gegenüber passiv legitimiert sein. Zur Zwangsvollstreckung gegen den Nachlaß genügt dieses Urteil aber nicht. § 748 I. CPO.[2]

1) cf. bes. § 747 CPO.

2) Das für den Erben ergangene Urteil, macht res iudicata dahin, daß eine Nachlaßschuld nicht besteht. Deshalb hat auch der Testamentsvollstrecker dem Gläubiger gegenüber die exceptio rei iudicatae. cf. Protk. S. 539.

Zu erwähnen ist, daß sowohl dem Erben als auch dem Testamentsvollstrecker die „aufschiebenden Einreden" aus § 2014 und 2015 zustehen; denn auch diesem muß Zeit zur ungestörten Ermittlung und Aufzeichnung des Nachlaßbestandes gegeben sein. Die Fristen dürften auch für den Vollstrecker mit der Annahme der Erbschaft durch den Erben beginnen.[1]

Diese Einreden schließen aber eine (unter Vorbehalt der beschränkten Haftung[2] ergehende) Verurteilung des Erben nicht aus, ebenso wenig des Testamentsvollstreckers, ohne daß aber in dem gegen diesen ergangenen Urteil die Beschränkung der Haftung vorbehalten sein müßte. § 780 II. ZPO.

Auch eine Zwangsvollstreckung in den Nachlaß schließen die „aufschiebenden Einreden" nicht aus; der Erbe, natürlich auch der Vollstrecker, können nur verlangen, daß die Zwangsvollstreckung sich auf „Sicherungsmaßregeln" beschränke; Maßnahmen der Befriedigung sind während der Dauer der in §§ 2014, 2015 bestimmten Fristen ausgeschlossen. § 728 ZPO.

Es wurde schon erwähnt, daß zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ein gegen den Testamentsvollstrecker ergangenes Urteil genügt. Der Erbe kann sich nicht darauf berufen, daß er nicht verurteilt worden ist.

Schon hieraus folgt der Grundsatz, den § 327 ZPO. ausspricht, daß das gegen den Testamentsvollstrecker im Passivprozesse ergangene Urteil auch gegen den Erben wirkt. Ebenso wirkt natürlich auch das für den

1) cf. Planck S. 153.
2) § 305 I ZPO.

Testamentsvollstrecker erlassene Urteil für den Erben. Letzterer kann sich nach Beendigung der Verwaltung, aber erst dann, eine vollstreckbare Ausfertigung[1] erteilen lassen, wobei der § 727 CPO. Anwendung findet. § 728 II. CPO.

Würde ein im Streit mit dem Vollstrecker unterlegener Nachlaßgläubiger seinen Anspruch danach noch gegen den Erben selbst geltend machen, so steht diesem auf Grund des § 327 CPO. die exeptio rei iudicatae zu.[2]

Auch das zu ungunsten des Vollstreckers ergangene Erkenntnis wirkt gegen den Erben. Gegen diesen kann selbst dann eine vollstreckbare Ausfertigung erbeten werden, wenn die Verwaltung des Testamentsvollstreckers noch besteht. Dabei hat der Gegner nachzuweisen, daß der Vollstrecker zur Führung des Rechtsstreites berechtigt war.[3] § 727, § 728 CPO.

Kann nach den Vorschriften der CPO. nicht bestritten werden, daß das gegen den Vollstrecker ergangene Urteil auch gegen den Erben wirke, so ist doch sehr bestritten, wie weit es gegen den Erben wirkt.

Die einen behaupten: „in allen Fällen beschränkt sich die Wirkung des Urteils auf den Nachlaß,[4] einen Vollstreckungstitel bilde das Urteil gegen den Erben nur nach seinem Inhalt — also als Verurteilung zur Befriedigung aus dem Nachlaß ganz ebenso, als wenn das Urteil bereits gegen den Erblasser ergangen wäre.“[5] Ich würde von

1) cf. Planck S. 410.
2) So auch Böhm S. 272.
3) cf. Hellwig S. 257.
4) Endemann III. S. 233; ebenso Hellwig S. 257.
5) Hellwig l. c., ferner noch Frommhold S. 205.

meiner Auffassung der Stellung des Vollstreckers mich der ersteren Ansicht anschließen, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich das Gegenteil verordnet hätte Das Gesetz will, daß ein Gläubiger, der dem Vollstrecker gegenüber seinen Anspruch durchgefochten hat, aus der Zwangsvollstreckung in den Nachlaß aber nicht Befriedigung fand, sich auch gegen das freie Vermögen des Erben wenden kann. Es erspart ihm eine besondere Klage gegen den Erben. Er braucht sich daher nur gegen ihn eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen zu lassen. Diese erhält er, wie erwähnt, wenn er dartut, daß der Vollstrecker zur Führung des Rechtsstreits befugt war,[1] § 727, § 728, Abs. 2 CPO. Durch die vorbehaltlose Verurteilung des Testamentsvollstreckers freilich geht der Erbe seines Rechtes zur Beschränkung der Haftung nicht verloren. § 780 CPO.

Wie erwähnt, hat das BGB. die Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers von seinem Recht zur Verwaltung des Nachlasses abhängig gemacht, nicht aber von seinem Rechte Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, wie Endemann und Frommhold behaupten.[2] Endemann sagt:

„Schuldbegründung und Passivprozesse stehen in voller Abhängigkeit von einander." Ganz abgesehen von der außerordentlichen Erschwerung der Stellung des Gläubigers und des Gerichtes, zu der man sich ohne die zwingendsten Gründe nicht entschließen würde, ist auch schwer zu denken, was die Beschränkung eigentlich bedeuten soll![3]

1) So Strohal S. 161; Böhm DR. S. 272.
2) Endemann III. S. 232; Frommhold S. 204.
3) cf. Planck S. 411.

Was soll es bedeuten, wenn Frommhold a. a. O. sagt, „es sei Sache des Gläubigers zu prüfen, inwieweit die Passivlegitimation des Vollstreckers zur Verteidigung des erhobenen Anspruchs durch sein materielles Recht ordnungsmäßiger Verwaltung begründet erscheint?“ [1]

Die Verteidigung gegen einen erhobenen Anspruch dürfte doch wohl immer zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehören. [2]

Die Endemannsche Anschauung dürfte auf eine Äußerung der Protokolle zurückgehen; dort heißt es: [3] „Es liege nahe Verpflichtungsfähigkeit und Prozeßlegitimation in Einklang zu bringen.“ Die klaren Worte des Gesetzes selbst geben aber auch nicht den geringsten Anhalt für die erwähnte Ansicht. Sie ist unbedingt zu verwerfen. [4] Als Schutzmittel gegen Gefahren, die dem Erben aus dieser Stellung des Testamentsvollstreckers drohen, gibt das Gesetz andere Mittel. Abgesehen von der Regreßpflicht des Vollstreckers und der Strafdrohung in § 266 StGB., das Recht der streitgenössischen Nebenintervention, das dem Erben in dem vom Testamentsvollstrecker geführten Nachlaßprozeß zusteht. Das rechtliche Interesse beruht auf der Einwirkung des Urteils auf das Rechtsverhältnis des Erben zum Nachlasse. Sein Recht als Streitgenosse des Vollstreckers aufzutreten, ist begründet in der Wirksamkeit der Rechtskraft der in dem Hauptprozeß erlassenen Entscheidung auf sein Rechtsverhältnis zum Gegner, § 66, § 69 CPO.

1) cf. Planck S. 411.
2) Siehe S. 132 Anm. 2.
3) Prot. V. S. 536.
4) cf. Planck S. 411; Böhm DR. S. 272.

2. Der Testamentsvollstrecker hat die Verwaltung nur einzelner Gegenstände.

Auch in diesem Fall kann sich der Gläubiger natürlich an den Erben allein halten. Eine Verurteilung dieses aber bietet keine Grundlage für eine Vollstreckung in die in der Hand des Exekutors befindlichen Nachlaßgegenstände. Der Testamentsvollstrecker selbst ist aber nicht für eine Klage, die auf Leistung geht, passiv legitimiert. Diese ist allein gegen den Erben zu richten; zugleich aber oder hernach, wenn auch die in der Verwaltung des Testamentsvollstreckers befindlichen Gegenstände zur Zwangsvollstreckung herangezogen werden sollen, ist dieser dahin zu belangen, wegen des Anspruchs die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände zu dulden. § 2213, Abs. 3, § 748, Abs. 2 CPO. Der Vollstrecker kann natürlich das Klagebegehren verweigern, indem er den Anspruch leugnet, d. h. es ist ihm gestattet, Einwendungen aller Art gegen den, vielleicht dem Erben gegenüber bereits durchgesetzten Anspruch zu machen. Die Klage auf Duldung hat nicht etwa den Charakter einer actio indicati.[1] Der Vollstrecker ist also nicht auf die Geltendmachung solcher Einwendungen angewiesen, deren Gründe erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung, in welcher sie nach den Bestimmungen der CPO. spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden könnten. § 767 II CPO.

1) Wie Seckt 59–61 scheinbar annimmt. Dagegen Endemann III. S. 234; Planck S. 412; Böhm DR. S. 272 Nr. 5.

Der Vollstrecker kann also nachholen, was der Erbe versäumt hatte, geltend zu machen. Dadurch verhütet er schwere Schädigungen des Nachlasses, dessen Interessen er auch hier zu vertreten berufen ist.

Die Regeln des § 2213 II BGB. und § 748 II CPO. gelten nicht allein für Forderungsansprüche, sondern auch für dingliche. [1]

Böhm [2] meint, die aufgestellten Regeln erleiden eine Ausnahme in folgendem Falle: „Der Erblasser hinterlasse ein Grundstück und unterstelle nur dieses, nicht auch sein anderes Vermögen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers, dann habe, wenn ein Hypothekengläubiger nur sein dingliches Recht verfolge, der Erbe eine Zahlungspflicht überhaupt nicht, und es werde zur Zwangsversteigerung des Grundstücks ein gegen den Testamentsvollstrecker auf Duldung gemäß § 1147 BGB. ergehendes Urteil genügen".

Ich halte den Grund, „der Erbe habe keine Zahlungspflicht," nicht für hinreichend vom Gesetze abzugehen. Der Erbe ist vielmehr auch hier zu belangen und zwar auf Gestattung der Befriedigung aus dem Grundstücke.

3. Der Testamentsvollstrecker hat gar keine Verwaltung.

In diesem Fall ist er nicht passiv legitimiert. Die Zwangsvollstreckung auf Grund eines gegen den Erben gehenden Urteils findet im Dasein des Vollstreckers keine Hinderung.

---

1) Planck S. 412.
2) DR. S. 272 Nr. 1.

Der Erbe war, wie erwähnt, auch im Falle 1 und 2 passiv legitimiert. An dem Prozesse zwischen ihm und dem Gläubiger, meinen manche,[1] könne sich der Vollstrecker als Nebenintervenient beteiligen.

Worin aber findet man das von § 66 CPO. geforderte rechtliche Interesse? — Brettner findet es darin, daß „der Vollstrecker ex officio dazu verpflichtet sei, für die Erfüllung von Nachlaßverbindlichkeiten zu sorgen und daß er mitverpflichtet sei (!), weil er mitverklagt werden könnte".[2]

Ich halte die Argumentation nicht für ausreichend.

Ein rechtliches Interesse läge nur vor, wenn das Rechtsverhältnis des Testamentsvollstreckers zum Erben oder zum Gegenstande des Rechtsstreits durch die Entscheidung, ihren Inhalt oder Vollstreckung, mitbetroffen würde".[3] Davon ist aber keine Rede hier.[4] Der Testamentsvollstrecker wird durch das Urteil gegen den Erben überhaupt nicht berührt. Dem Gläubiger steht, wie erwähnt, keine actio iudicati gegen ihn zu.

Zur Ergänzung noch eine Bemerkung betreffs anhängiger Prozesse! § 243, 241 CPO.

Hat der Testamentsvollstrecker die Verwaltung, der Erbe aber die Erbschaft noch nicht angenommen, so kann der Gegner nur dem Testamentsvollstrecker seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, anzeigen. § 2213 II BGB.

---

1) So Weißler, S. 194; Seckt, S 64; Planck, S. 408; Wilke, S. 206; Brettner, S. 224.

2) Brettner, l. c.

3) cf. ERG. 14, 437; 23, 342; 35, 393; 36, 368; Sydow-Busch, S. 60.

4) Auch Böhm DR. S. 272 ist gegen die Berechtigung zur Nebenintervention.

in Verbindung mit 243 (241) CPO. Im anderen Fall hat er die Wahl, vorausgesetzt, daß der Vollstrecker die Verwaltung hat.

War bereits ein Urteil für oder gegen den Erblasser ergangen, so bedarf es keiner besonderen Klage gegen den Testamentsvollstrecker, um auf den Nachlaß zu greifen; es kann vielmehr gegen ihn eine vollstreckbare Ausfertigung unter Anwendung der § 727, 730–32 begehrt werden. § 749 CPO. Ebenso kann sich auch der Vollstrecker selbst eine vollstreckbare Ausfertigung eines für den Erblasser ergangenen Urteils erteilen lassen.

Pflichtteilsklagen. Streitigkeiten des Erben bezüglich der Verwaltung.

Während das BGB. die Legatare nicht anders behandelt, als die übrigen Nachlaßgläubiger, was die Passivlegitimation des Vollstreckers anlangt, bestimmt es bezüglich des Pflichtteilsanspruches besonderes.

Zwar steht die juristische Natur des Pflichtteilsanspruches als einer Nachlaßverbindlichkeit fest. § 1967 II, § 2302 I BGB. Dem BGB. ist ein formelles Noterbenrecht unbekannt.

Man sollte daher annehmen, daß die Pflichtteilsberechtigten hinsichtlich der Passivlegitimation des Testamentsvollstreckers denselben Regeln unterliegen, wie die übrigen Nachlaßgläubiger. In der 2. Kommission ist auch das beantragt worden.[1] „Man glaubte aber auf die juristische Konstruktion als eines obligatorischen Anspruches nicht ein entscheidendes Gewicht legen zu dürfen".[2] Und das

1) Prot. V, S. 299.
2) Prot. l. c.

mit Recht! Es kann nicht in der regelmäßigen Aufgabe des Vollstreckers liegen, den Nachlaß solchen bedeutenden Ansprüchen gegenüber allein zu vertreten. Dieses könnte zu einer außerordentlichen Belastung des Nachlasses und unter Umständen selbst des Erben führen, ohne daß dieser sich wirksam wehren könnte.

Der Vollstrecker ist daher dem Pflichtteilsanspruch gegenüber nie allein legitimiert. Es muß vielmehr dieser immer auch dem Erben gegenüber durchgesetzt werden. Paragraph 2213 S. 2: Ein Pflichtteilsanspruch kann, auch wenn dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung zusteht, nur gegen den Erben geltend gemacht werden". In Verbindung mit dem 3. Absatz ergibt sich: Will der Pflichtteilsberechtigte Befriedigung aus dem Nachlasse, so muß er den Erben auf Leistung, den Vollstrecker aber auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Gegenstände belangen. [1]

In diesem Fall muß der Vollstrecker berechtigt sein, dem Kläger alle materiellen Einwendungen gegen seinen Anspruch entgegenzusetzen; [2] denn er hat als Vertreter des Nachlasses dessen Interessen zu wahren. Andernfalls hätte der Erbe durch Verabredung mit dem „Pflichtteilsberechtigten" es in der Hand, den Nachlaß schwer zu schädigen und die Verwaltung illusorisch zu machen. [3]

---

1) cf. § 748 Abs. 3 CPO.; Planck S. 414; Weißler, S. 194; Cosack II 755; a. M. Marcus 75.

2) Endemann III, S. 234; Bunsen, S 270; Böhm DR. 273; Planck, 413. a. M. aber, ohne stichhaltige Gründe: Brettner in DR. 1900, S. 321.

3) cf. Protok. S. 301.

Ich halte ferner den Vollstrecker nicht einmal für berechtigt, als Nebenintervenient sich am Rechtsstreit zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigtem zu beteiligen. [1]

Ist das Pflichtteilsrecht nur Inzidentpunkt, so kann es allein zwischen Vollstrecker und Berechtigten entschieden werden. [2] [3]

Auch dem Erben gegenüber ist der Vollstrecker als Nachlaßvertreter passiv legitimiert. Bestreitet der Erbe nicht die Gültigkeit der Berufung des Vollstreckers, [4] sondern nur den Umfang des Verwaltungsrechtes desselben, so kann er das Rechtsverhältnis zum Gegenstand einer Feststellungsklage gegen den Testamentsvollstrecker machen. Behauptet er, daß dem Vollstrecker ein unrichtiges oder unvollständiges Zeugnis ausgestellt ist, so kann er den aus § 2368 III BGB. resultierenden Anspruch auf Zurückgabe des Zeugnisses an das Nachlaßgericht gegen ihn geltend machen. [5] Ferner ist der Vollstrecker dem Erben gegenüber passiv legitimiert in der Klage, mit welcher dieser ihn zur ordentlichen Verwaltung oder zur Befolgung von Anordnungen des Erblassers zu zwingen sucht. § 2216 BGB. Endlich kann der Erbe auch noch während der Verwaltung des Vollstreckers, diesem gegenüber in einer Feststellungsklage die Unwirksamkeit einer

---

1) a. M. Böhm DR. 273. M. E. sind die Gründe dieselben, welche oben S. 70 gegen die Befugnis sprachen.

2) Planck 413 Prot. S. 300; Fischer-Henle S. 1035 u. 5.

3) Fühlt sich der Pflichtteilsberechtigte lediglich durch die nach § 2306 Abs. 1 S. 1 unwirksame Ernennung des Testamentsvollstreckers beschwert, so kann er natürlich gegen den Vollstrecker allein klagen, und zwar mit der negativen Feststellungsklage.

Planck, S. 413; Frommhold, S. 204 sub. 2; Marcus S. 75.

4) Dieser Fall wird später erörtert werden.

5) cf. Hellwig, S. 74.

von diesem eingegangenen Verbindlichkeit bestreiten.[1] Das Interesse an der alsbaldigen Feststellung dürfte meist schon deshalb gegeben sein, weil die Verbindlichkeit als Nachlaßschuld auch dem Erben gegenüber geltend gemacht werden kann.[1,2]

Einer der wichtigsten Ansprüche aber, die der Erbe gegen den Vertreter des Nachlasses gerichtlich geltend zu machen in der Lage sein kann, ist der aus § 2217 folgende. „Der Testamentsvollstrecker hat Nachlaßgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, dem Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen".

Endemann[3] interpretiert freilich das „offenbar" dahin, daß der Testamentsvollstrecker sich auf einen Rechtsstreit und Beweiserörterungen nicht einzulassen brauche."

Das geht aber zu weit! Es kommt vielmehr auf eine Interpretation in erster Linie des erblasserischen Willens an.[4] Es muß ferner aber auch gestattet sein, durch Beweisaufnahme festzustellen, daß kein Rechtsstreit gegen den Nachlaß anhängig sei, und daß keine Ungewißheit über Ansprüche Dritter gegen den Nachlaß bestehe, und so die offenbare Entbehrlichkeit darzutun.[5] M. E.

1) cf. Frommhold, S. 199 sub. 2; Marcus, S. 65, 66; Planck, S. 401 sub. 4.

2) Dagegen wird das Interesse des Erben an der alsbaldigen Feststellung, daß eine letztwillige Verfügung unwirksam und nicht auszuführen sei, meist im Interesse des Amtes des Testamentsvollstreckers geleugnet werden müssen. Sturm, S. 69, 70; Böhm, S. 184 f.; Planck, 394; a. M. Protok. V S. 270 oben.

3) III § 55 N. 4a S. 238.

4) cf. Sturm S. 85.

5) So Wilke zu § 2217 sub 1.

ist es selbstverständlich nach dem Sinn des § 2217, daß, wenn der Erbe den Beweis erbringt, der Vollstrecker bedürfe der begehrten Gegenstände sicher nicht, letzterer diese auch herausgeben muß. Ich würde es für falsch halten, wenn in solchem Falle der Erbe abgewiesen würde, weil seine Beweisaufnahme eine „umfangreiche" war. [1]

§ 15.

Exkurs: Wer ist bei Prozessen, welche die Giltigkeit letztwilliger Verfügungen und das Erbrecht betreffen, aktiv und passiv legitimiert?

Im gemeinen Recht fiel die Verteidigung des Testaments mit der Verteidigung des Erbrechts der im Testamente eingesetzten Erben zusammen. Fiel deren Recht, so fiel vor allem auch die Berufung des Testamentsvollstreckers. Daher wurde ihm auch von manchen das Recht beigelegt als „Hüter und Wahrer des letzten Willens" das Testament, also auch die darin Eingesetzten, gegen Angriffe des Intestaterben namentlich zu verteidigen. [2] In diesem Sinne hielt ERG. Bd. 9, S. 208 f. den Vollstrecker — zur Vertretung der Testamentserben — in einem Prozeß über das Erbrecht für passiv legitimiert.

Den entgegengesetzten Standpunkt vertrat die in vielen Beziehungen bemerkenswerte Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. XXXII. S. 39.[3] Hier wird dem

1) Planck S. 117. Für die Haftflicht des Vollstreckers hat jedoch das „offenbar" eine andere Bedeutung, eine mehr subjektive!

2) Dernburg, Pand. S. 245; Eck in Ihering XXXV. S. 315 ERG. Bd. 32 S. 152 f.

3) cf. Gruchot, Bd. 28 S. 260.

Vollstrecker gegenüber Angriffen der Intestaterben auf das Testament die Aktiv- und Passiv-Legitimation abgesprochen, und zwar mit der Begründung, „der Testamentsvollstrecker sei nicht Vertreter des Erblassers oder des Erben, sondern übe selbständige Rechte und Pflichten aus".[1]

Für das preußische Recht hielt Hinschius nur eine Klage des einen Erbschaftsprätendenten gegen den anderen für zulässig, „weil der Testamentsexekutor keine Disposition über die Erbberechtigung habe".[2]

Auch das Obertribunal zeigte sich der Passivlegitimation des Vollstreckers abgeneigt.[3]

Gegen die von Eck und Dernburg vertretene Ansicht läßt sich einwenden, daß das dem Testamentsvollstrecker gegenüber ergangene Urteil heute keine Rechtskraft für oder gegen den Testamentserben haben kann, in der Tat also dieser Streit pro nihilo ist.

Im geltenden Reichsrecht sprechen aber noch andre Gründe gegen die Sachlegitimation des Vollstreckers in Erbstreitigkeiten. Zuerst ist zu bemerken, daß der Streit um das Erbrecht und der Streit um die Gültigkeit des Testaments nicht mehr zusammenfallen. Da ein Testament zum alleinigen Inhalt die Ernennung eines Vollstreckers haben kann, so gibt es heute eine Testamentsexekution auch bei gesetzlicher Erbfolge; sie ist ferner möglich für Erben, die in einem anderen Testamente eingesetzt sind. Aber selbst wenn die Berufung zur Vollstreckung und

1) Gegen die Entscheidung hat sich besonders Eck gewandt, Iherings Jahrb. Bd. 35 S. 315, unter Betonung der Aufgabe des Vollstreckers als „Hüter des letzten Willens" cf. oben Dernburg.

2) S. 789, 790.

3) cf. Striethorst Bd. 21 S. 4, 291.

die Erbeinsetzung sich in ein und demselben Testament findet, hat die Unwirksamkeit der institutio heredis nicht auch den Fall der Testamentsexekution zur Folge,[1] es müßte dies denn aus dem Willen des Testators zu folgern sein. Damit fällt ein in dem früheren Recht sehr wirksames Argument für die Sachlegitimation des Testamentsvollstreckers in Erbstreitigkeiten fort.

Ferner ist heute der Vollstrecker nicht als Vertreter des Erben, der im Testament eingesetzt ist oder den der Vollstrecker für den richtigen hält, zu betrachten. Noch weniger ist er eine Art Vormund für den Erben. Einen solchen Posten zu schaffen fehlt m. E. unter allen Umständen dem Testator die Macht. Letzterer kann sich, wie gezeigt, wohl ein Willensorgan, das den Nachlaß vertritt, schaffen, aber nicht ein solches, das den Erben „vollständig kalt stellt", wie Brettner sich etwas drastisch ausdrückt.[2]

Das Resultat ist also folgendes:

1. Was den Streit um die Gültigkeit des Testaments betrifft, so muß der Testamentsvollstrecker als aktiv und passiv legitimiert gelten, so weit er es als Quelle seiner Befugnisse verteidigen muß. Erschwert oder behindert jemand, sei er Erbe oder Dritter, durch Bestreiten des Verwaltungsrechts die Tätigkeit des Vollstreckers, so ist dieser aktiv legitimiert zu einer Feststellungsklage,[3] welche die Feststellung der Gültigkeit des Testaments zum Inhalte haben kann. Umgekehrt, wird er auch

1) Das ergibt sich aus § 2085.

2) Brettner S. 225; cf. Eccius IV. S. 465 Zeile 8—10; Prot. V. S. 300.

3) cf. Hellwig S. 74 und 75: Foerster-Eccius IV. S. 454; Frommhold S. 195 Nr. 3; Prot. V. S. 300.

passiv zur selben Klage legitimiert sein. Das Urteil hat aber nach allgemeinen Grunsätzen keine über die Parteien hinausgehende Wirkung.[1]

Das Erbrecht selbst aber kann dem Vollstrecker gegenüber nur incidenter zur Sprache kommen, wenn z. B. der Erbprätendent Rechnungsablegung verlangt oder von dem in § 2217 niedergelegten Recht Gebrauch macht, nämlich entbehrliche Gegenstände herausverlangt.[2] Keinesfalls aber darf das Erbrecht durch eine Inzidentfeststellungsklage oder Widerklage zum selbständigen Streitgegenstand erhoben werden.

Für eine das Erbrecht selbst zum Gegenstand habende Feststellungsklage ist der T.-V. weder aktiv noch passiv legitimiert,[3] denn er ist Vertreter des Nachlasses und nicht des Erben.

Was den Erbschaftsanspruch betrifft, so ist für das gemeine Recht folgendes zu bemerken.

Die heriditatis petitio ist als Vindikation des Nachlasses und nicht als Vindikation des Erbrechts[4] zu betrachten.[5] Folglich wird er im Umfange seines Rechts zur Konstituierung des Nachlasses auch die Aktivlegitimation für die hereditatis petitio haben.

Nach Dernburgs Zeugnis hatte die gemeinrechtliche

---

1) cf. Hellwig S. 74 u. 75; Foerster-Eccius IV, S. 454; Frommhold S. 195 Nr. 3, Prot. V S. 300.

2) So Prot. V. S. 300 ausdrücklich.

3) a. M. (auf dem alten Standpunkt Dernburg) Marcus S. 74; Wilke Erl. zu § 2213 Anm. 5; Weisler S. 196. Wie im Text Planck S. 383; Frommhold S. 195 Nr. 3; Motive V. S. 237; Endemann III. S. 234; Gretschmar S. 736; Staudinger S. 434.

4) Arndts Pand § 531; Köppen, Beiträge S. 15, Lehrb S 291.

5) Wie oben Dernburg, Pand. III. S. 338, Windscheid III. § 611 Anm. 3.

Praxis dem Vollstrecker auch die Passivlegitimation beigelegt, entgegen dem alten römischen Recht, „da dies ein praktisches Bedürfnis sei".[1]

Im geltenden Recht aber ist der Erbschaftsanspruch „ein Streit um die bessere Erbberechtigung",[2] § 2018 BGB.

Von diesem Standpunkte aus ist der Vollstrecker für die Gesamtklage weder aktiv[3] noch passiv[4] legitimiert. Besonders das letztere ist m. E. außer Zweifel, denn er ist nicht Erbschaftsbesitzer im Sinne des § 2018. Er besitzt überhaupt nicht auf grund eines Erbrechts.[5]

§ 16.

D. Sachlegitimation des Testaments-Vollstreckers als Partei.

Wenn der Testamentsvollstrecker seine Aufgaben ohne das Mittel der Verwaltung erfüllt, ist er natürlich nicht Vertreter des Nachlasses, sondern handelt kraft Amtes. Aus diesem Amte heraus können ihm Ansprüche erwachsen und gegen ihn geltend gemacht werden. In diesen Fällen steht dem Testamentsvollstrecker die Klage im eigenen Namen zu.[6] Es kann ihm z. B. der Testator die Ver-

1) Dernburg, Pand. III. S. 341; a. M. Stobbe S. 273; Sturm in Jhering S. 136; Hinschius 792; cf. aber ERG. Bd. 28 S. 354 f.

2) Endemann III. S. 530

3) a. M. Hellwig S. 76; Strohal S. 291; Cosack II. S. 767; Bunsen S. 267 f.; Meischeider S. 506. Staudinger V. S. 435.

4) a. M. allein Marcus S. 74. Gegen die Passivlegitimation auch Staudinger l. c.

5) cf. Frommhald S. 76 sub 3 a; Planck S. 158; Brettner S. 225; Strohal S. 291.

6) Kohler, Archiv f. b. R. XXI. S. 260; Hellwig, Prozeßführungsrecht S. 7 Anm. 12. „Dadurch erlangt er Rechte derselben Art wie die Behörde, welche befugt ist, die Erfüllung einer Auflage zu verlangen."

waltung des Nachlasses (§ 2208 BGB.) entzogen haben, dann ist er berechtigt vom Erben klageweise die Ausführung der Verfügungen des Erblassers zu verlangen (§ 2208), insbesondere die Vollziehung der Auflagen.[1] Ist er ferner zu dem Zwecke ernannt, für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen zu sorgen (§ 2223), so ist er diesem gegenüber aktiv legitimiert.

Dasselbe gilt, wenn er dazu berufen ist, bis zum Eintritt einer Nacherbfolge Rechte des Nacherben auszuüben oder dessen Pflichten zu erfüllen. In diesem Falle ist er ebenfalls für die vorkommenden Streitigkeiten aktiv und passiv legitimiert. Er kann insbesondere Errichtung des Inventars, Auskunft, Sicherheitsleistung, Feststellung eines Wirtschaftsplanes u. a. m. verlangen, §§ 2121, 2127, 2128, 2123 BGB. Der Vollstrecker seinerseits kann vom Vorerben auf Erteilung seiner Einwilligung zu einer Verfügung, deren der Vorerbe nach § 2120 BGB. bedarf, belangt werden.

Ferner ist der Testamentsvollstrecker für alle in das Gebiet der Auseinandersetzung fallenden Prozesse im eigenen Namen aktiv und passiv legitimiert.[2]

Jeder Miterbe kann den Vollstrecker auf Vollziehung der Auseinandersetzung verklagen und wird durchdringen, wenn nicht die Erbteile unbestimmt, Anordnungen des Erblassers oder das Verlangen des Aufschubes durch einen Miterben entgegensteht. Denn „jeder Miterbe kann jeder-

---

1) Soll ihm nach dem Willen des Erblassers auch das Klagerecht nicht zustehen, so ist er kein Vollstrecker, sondern nur privater Berater des Erben. cf. Planck S. 403 sub 2; Märker S. 170; Prot. V. S. 310.

2) Anders Entwurf I.

zeit die Auseinandersetzung verlangen." § 2042 in Verbindung mit § 2204.

Ebenso kann auch der Vollstrecker auf Unterlassung der Auseinandersetzung verklagt werden.[1] Denn die Erben haben nur ein Recht, keine Pflicht zur Auseinandersetzung. Auf ihren gemeinsamen Wunsch hin hat also der Vollstrecker die Auseinandersetzung zu unterlassen. Die Ausgleichungspflicht hat der Vollstrecker zu berücksichtigen; denn die §§ 2050—56 sind ausdrücklich in § 2204 aufgenommen.[2] Daher wird der Vollstrecker auch nötigenfalls jeden der Miterben auf Erteilung der Auskunft über erhaltene Zuwendungen und Leistung des Offenbarungseides belangen können. Denn sonst kann er seiner Aufgabe nicht genügen.[3]

Hält ein Miterbe einen anderen für ausgleichungspflichtig gegen die Ansicht des Vollstreckers, so hat er allein diesen m. E. zu verklagen und zwar auf Heranziehung zur Ausgleichung.[4]

So wird verhindert, was wohl im Sinne des Testators liegt, daß Streitigkeiten des engsten Familienkreises vor den Gerichten ausgetragen werden; diese werden auf einen Dritten gewissermaßen abgeleitet.

Dem Vollstrecker kann auch aufgetragen sein, die Auseinandersetzung nach billigem Ermessen vorzunehmen. Hält ein Miterbe die vom Vollstrecker im Auseinandersetzungsplan getroffene Entscheidung für offenbar unbillig, so muß es ihm unbenommen sein, gegen den Vollstrecker

1) cf. Planck S. 397.

2) a. M. Brettner S. 225.

3) Zustimmend Planck S. 396; Frommhold S. 197. Dagegen Brettner S. 225.

4) cf. Marcus S. 75.

eine Feststellungsklage anzustrengen. Ob sein Interesse, daß die offenbare Unbilligkeit durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde, vorliegt, läßt sich natürlich a priori nicht bestimmen. Aber man wird es nicht ohne weiteres annehmen dürfen,[1] da sonst der Vollstrecker in seinem schweren Amte unnötig belästigt wird.

Bei Gefahr im Verzuge, steht dem benachteiligten Miterben natürlich auch die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung gegen den Vollstrecker zu.[2]

In allen, unter dem letzten Titel zusammengestellten Fällen kommt der Vollstrecker nicht als gesetzlicher Vertreter des Nachlasses, sondern als Partei kraft Amtes in Frage. Der Vollstrecker hat hier auch für seine Person alle Partei-Rechte und Pflichten. Er muß daher, wenn er unterliegt, selbst die Prozeßkosten tragen. Er kann aber vom Erben Ersatz für Aufwendungen, die er für erforderlich halten durfte, verlangen. cf. §§ 2218[3] 670 BGB.[4]

Durch den Tod des Testamentsvollstreckers wird der Prozeß unterbrochen.

Auch hinsichtlich der Zeugnis-, Editions- und Eides-Pflicht ist der Testamentsvollstrecker als Partei zu behandeln.

---

1) Ich kann in dieser Beziehung Sturm S 71 nur beipflichten. Immerhin kann sehr wohl durch die Lage der Dinge das Interesse gegeben sein, z. B. wenn Gefahr besteht, daß der Benachteiligte weder vom Vollstrecker noch vom Miterben, wegen ihres nicht ausreichenden Vermögens ꝛc., Ersatz erlangen dürfte.

2) § 935 f. CPO.; cf Planck S. 397.

3) cf. Kohler, Archiv f. b. R. XXI. S. 263. Der § 2218 BGB. bezieht sich nicht allein auf den verwaltenden Testamentsvollstecker.

4) Dem Nachlaß gegenüber haftet der Test.-Vollstr. für jedes Verschulden § 2219 BGB.

IV. Schluß.

§ 17.

Durch die Regelung im Reichsrechte hat das Institut des Testamentsvollstreckers eine gewaltige Förderung erfahren. Die Bestimmungen des BGB., besonders über die Stellung des Vollstreckers im Prozeß, bedeuten der früheren, unsicheren und oft nicht unbedenklichen Rechtslage gegenüber einen großen Fortschritt. Man kann wohl mit Recht sagen, daß sie an sich „zu den gelungensten des ganzen Erbrechts gehören" (Strohal). Diesen erfreulichen Erfolg verdanken wir in erster Linie der Hingebung der Wissenschaft an die Fortentwicklung des neuen gemeinen deutschen Rechts.

Wenn von allerdings berufener Seite gesagt wird, „der verwickelte Aufbau der Lehre zeuge von der Unfertigkeit der gesetzlichen Lösung!"[1] so kann ich mich dem nicht anschließen. Es sind allerdings noch große Lücken vorhanden. Diese muß aber die Wissenschaft, deren Hingabe man auch in Zukunft nicht entraten kann, besonders durch Aufstellung eines gesunden Prinzips auszufüllen suchen.

1) Endemann III. S. 233.

Eine Abhülfe vor allem ist aber vom künftigen Gesetzgeber zu verlangen, daß nämlich die Verwaltung auch des Testamentsvollstreckers haftungsbeschränkende Wirkung habe.[1] Denn so, wie die Dinge jetzt liegen, kann in der Tat leicht das ganze Institut „aus den Angeln gehoben" werden.[2]

Der Erbe muß, um sich zu sichern, jetzt die Nachlaßverwaltung oder, bei Überschuldung den Nachlaßkonkurs beantragen. Beides aber macht die Wirkungen der Testamentsvollstreckung, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich illusorisch.

1) Ein dahingehender Antrag wurde leider in der II. Komm. abgelehnt.

2) Endemann l. c. S. 233.

Berichtigungen.

S. 17, 5. Zeile v. o. lies statt de opiscopis de episcopis.
S. 20, 4. „ v. u. „ „ per divecesanum per dioecesanum.
S. 37, 7. Zeile v. o. „ „ in nun.
S. 39, 9. „ „ „ „ zu einem fremden Vermögen, dem Nachlasse.
S. 40, 5. Zeile v. u. streiche „ein".
S. 58, 8. „ v. o. lies: „ein eigenes Recht nicht habe."
S. 65, 6. „ v. u. lies: „Man behauptet" statt „Die einen behaupten.